

# Las medidas cautelares en los procesos de competencia desleal por violación de normas: un estudio comparado desde el Análisis Económico del Derecho<sup>1</sup>

DAVID TORO OCHOA<sup>2</sup>

## RESUMEN

Las medidas cautelares siempre han sido una muy utilizada medida de protección anticipada por los jueces en los procesos judiciales de todo el mundo. Sin embargo, pocos de esos jueces –o ninguno– realiza un análisis material de la eficiencia que puede tener la cautela, esto es, sopesar la protección anticipada otorgada en sede judicial frente a los plausibles –o mejor, probables– daños materiales que esa adjudicación previa puede causar en caso de que la parte sobre la cual recayó la medida termine saliendo victoriosa en la sentencia.

Así pues, luego de dar un barrido por los conceptos y desarrollos de las medidas cautelares en los procesos de competencia desleal y las herramientas jurídicas y

- 1 Una versión de este trabajo se presentó como requisito para obtener el título de magíster en Derecho Económico. Esta versión está adaptada y actualizada al formato de la revista. Fecha de recepción: 13 de febrero de 2018. Fecha de aceptación: 20 de abril de 2018. Para citar el artículo: TORO OCHOA, D. (2018). "Las medidas cautelares en los procesos de competencia desleal por violación de normas: un estudio comparado desde el Análisis Económico del Derecho", en *Revista Con-texto*, n.º 49, pp. 19-48. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n49.03>
- 2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico de la misma universidad. Magíster en Derecho (LL.M.) con certificado de especialización en Derecho de los Negocios de la Universidad de California, Berkeley. Profesor de pregrado y posgrado del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia y abogado asociado de la firma Archila Abogados. Correo-e: [dtoro@archilaabogados.com](mailto:dtoro@archilaabogados.com)

económicas utilizadas en el Derecho comparado, realizamos un análisis económico concreto de las medidas cautelares en los procesos por actos desleales de violación de normas, analizando la eficiencia de la caución y revisando los problemas de incertidumbre que son inherentes a la institución cautelar, para determinar si resulta posible la aplicación de las reglas cuantitativas de valoración utilizadas en Estados Unidos para el decreto de las mencionadas medidas, estudiando casos concretos que se han llevado ante la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

**Palabras clave:** Medidas cautelares, Competencia desleal, Acto desleal de violación de normas, Incertidumbre legal, Ineficiencia de la caución, Análisis económico del Derecho.

## PRELIMINARY INJUNCTIONS IN UNFAIR COMPETITION PROCESSES: A LAW AND ECONOMICS' COMPARATIVE STUDY

### ABSTRACT

Preliminary injunctions have been always used as an anticipated protection measure by judges around the world. However, few of those judges –or none– perform a material analysis of the effectiveness that precaution can have. This mean to weigh the anticipated protection granted in court against plausible material damages –or better, probable– than this prior adjudication can cause when the party in which the measure fell against, ends up being victorious in merits.

Therefore, after going through the concepts and development of precautionary measures in processes of unfair competition and the legal and economic tools used in comparative law, we conducted a specific economic analysis of the preliminary injunctions in the proceedings on unfair acts of violation of norms. All the above, analyzing the efficiency of the bond and reviewing the problems of uncertainty that are inherent to the precautionary institution. This, to determine if it is possible to apply the quantitative valuation rules used in the United States for the decree on such measures. Such analysis was made studying specific cases that have been brought before the Delegation of Jurisdictional Affairs of the Superintendence of Industry and Commerce.

**Keywords:** Preliminary Injunctions, Unfair competition, Unfair act of violation of norms, Legal uncertainty, Inefficiency of the bond, Law and economics.

### 1. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares siempre han sido una muy utilizada norma de protección anticipada por los jueces en los procesos judiciales de todo el mundo. Sin embargo, pocos de

esos jueces –o ninguno– realiza un análisis material de la eficiencia que puede tener la cautela, esto es, sopesar la protección anticipada otorgada en sede judicial frente a los plausibles –o mejor, para efectos de este trabajo, probables– daños materiales que esa adjudicación previa puede causar en caso de que la parte sobre la cual recayó la medida termine saliendo victoriosa en la sentencia.

Cuando un juez se presta a decretar una medida cautelar, seguramente lo hace con la firme convicción de estar haciendo lo correcto. Se convence él mismo de inclinar la balanza, en un primer momento, hacia la parte demandante del proceso porque considera que esta tiene grandes oportunidades de tener la razón y el derecho en la materia que en el fondo se debate y, por ende, considera justo garantizar anticipadamente que dicho derecho esté intacto al momento de la terminación del proceso.

No obstante lo anterior, podemos preguntarnos qué tanta información tienen los jueces para tomar esa importante decisión... ¿Será que se basan –como por ley corresponde– en el acervo probatorio y en los requisitos que la misma ley ha denotado como necesarios para que proceda una medida? ¿O será que van más allá y hacen un análisis de las posibilidades reales que tiene el demandante para hacerse merecedor de la medida? Suponiendo que el juez quisiera ser extremadamente juicioso a la hora de valorar si resulta justo decretar la medida, ¿cuenta este con las herramientas suficientes para dicha valoración? ¿Puede llegar a saber, con algún nivel de certeza, que el demandante tiene la razón y va a terminar ganando el proceso?

Históricamente, en Colombia, todas estas inquietudes han recibido aproximaciones y respuestas de carácter cualitativo y poco medible. Nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia han ido creando una serie de parámetros que pueden llegar a permitirle al juez conocer cuáles son los aspectos que tiene que evaluar para decretar una cautela. Sin embargo, no se ha llegado al punto de determinar si dicha valoración se puede medir cuantitativamente, por lo que ese análisis se queda, muchas veces –por no decir todas–, en la decisión discrecional del juez de darle más peso a la versión de la parte que él, en su haber y entender jurídico, considera más dotada de razón y de derecho.

Ahora, no obstante que esa parece ser una forma que dentro de un Estado de Derecho como el nuestro parece ser la más acertada para proceder en esos casos, la decisión que los jueces toman de acuerdo con esa metodología termina siendo la correcta, esto entendido como que no siempre a quien el juez consideró como mejor derecho al momento de decretar la medida, termina siendo quién al final de un debido proceso termina con la adjudicación de dicho derecho. Para este tipo de problemas, nuestra legislación trae herramientas como las cauciones, que no son otra cosa que garantías para el pago de los perjuicios que una medida cautelar equivocada puede eventualmente llegar a generar. Pero seguimos aún sin herramientas concretas que, *a priori*, le puedan brindar al juez mayores elementos cuantitativos y objetivos de juicio sobre si la medida debe ser decretada o no.

En este trabajo, nuestro propósito es explorar una herramienta que ha resultado útil en otras jurisdicciones y que ha sido objeto de escepticismo en estas latitudes:

el Análisis Económico del Derecho (AED)<sup>3</sup>. Esta disciplina, desarrollada en la forma como la conocemos en la segunda mitad del siglo XX en Estados Unidos, permite analizar los fenómenos y vicisitudes propias del mundo del Derecho –ya sean situaciones de mercado, tales como las conductas antimonopólicas o la protección del consumidor, o de no mercado, tales como los delitos, el matrimonio o la responsabilidad civil– a través de herramientas de las ciencias económicas, tales como las leyes de oferta y demanda, los modelos econométricos, los costos de transacción, la teoría de juegos, los criterios de eficiencia económica, entre otras<sup>4</sup>. Con esto, es nuestra intención estudiar comparadamente si algunas metodologías económicas utilizadas en algunos procedimientos en Estados Unidos resultan aplicables a nuestro ordenamiento.

En ese sentido, pretendemos realizar un análisis económico de la institución jurídica de las medidas cautelares, aplicado a un proceso judicial en especial: la acción de competencia desleal por violación de normas<sup>5</sup>.

- 3 El Análisis Económico del Derecho "... se define como la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas. Como tal, Richard A. Posner, uno de los principales portavoces de la perspectiva tradicional del movimiento del Derecho y la Economía, ha observado que la disciplina se ha dividido en dos ramas que datan del surgimiento de la economía como un campo distinto del conocimiento en el siglo XVIII. Una rama que se remonta, por lo menos, a los estudios de Adam Smith acerca de los efectos de la legislación mercantilista es el análisis económico de las leyes que regulan los mercados explícitos. La otra rama, de la que puede decirse que tuvo su origen en el trabajo de Jeremy Bentham de la generación posterior a Smith, es el análisis económico de las leyes que regulan el comportamiento de actividades de no mercado, tales como delitos, accidentes, responsabilidad civil, matrimonio, contaminación y procesos jurídicos y políticos, entre otras actividades de no mercado" (ROEMER, 1994, pp. 5 y 6).
- 4 Para entender el enfoque económico del Derecho y la manera como los abogados pueden valerse del método científico utilizado en la Economía para estudiar las cuestiones jurídicas, es preciso conocer a fondo el razonamiento que existe detrás de la teoría económica. Para analizar económicamente el Derecho, es necesario dejar de entender la economía como el estudio científico de un conjunto de fenómenos macroeconómicos y microeconómicos. La economía en relación con el derecho debe leerse como la "ciencia de la elección racional en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas". Así, la Economía en relación con el Derecho no debe sino entenderse como la suposición de que el hombre es un maximizador racional de su propio beneficio y que para ello debe realizar una utilización eficiente de los recursos limitados que requiere para satisfacer sus necesidades. Así, el AED consiste entonces en aplicar estos conceptos a las diferentes cuestiones jurídicas que suscita el mundo de los abogados (POSNER, 2007, pp. 25 y ss.).
- 5 En el Artículo 18 de la Ley 256 de 1996, se considera como competencia 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 justificación del reproche que el legislador le hace a esta conducta tiene que ver con el mismo modelo de economía social de mercado y competencia previsto en nuestra Constitución, el cual prevé que los competidores se distingan por sus virtudes y calidades, en igualdad de condiciones, y no por ventajas obtenidas a partir de la violación de las normas que regulan su actuación en el mercado (DE LA CRUZ, 2014, p. 218). Así lo ha entendido el profesor Emparanza al afirmar que "... el carácter desleal de la infracción se fundamenta en que esta impida una competencia basada en el principio de competencia eficiente o de las propias prestaciones (...), en la que, como es sabido, se pretende que en el mercado prevalezca quien ofrezca las prestaciones más eficientes (*leistungswettbewerb*) logradas de forma lícita y transparente, no a través del incumplimiento de

Para ello, en primer lugar, haremos una exposición sobre el concepto general de medidas cautelares que se tiene en el Derecho colombiano y su propósito. En segundo lugar, revisaremos lo que la ley y la jurisprudencia han desarrollado en relación con las medidas cautelares en los procesos de competencia desleal por violación de normas, identificando sobre todo los requisitos que existen para la procedencia de dichas medidas. Luego, explicaremos los desarrollos jurídicos y económicos que han tenido las reglas utilizadas para el decreto de medidas cautelares en el *Common Law*, particularmente en Estados Unidos, incluyendo los controversiales modelos cuantitativos que se han propuesto desde el AED. Posteriormente, realizaremos un análisis económico concreto de las medidas cautelares en los procesos por actos desleales de violación de normas, analizando la eficiencia de la caución y revisando los problemas de incertidumbre que son inherentes a la institución cautelar, para determinar si resulta posible la aplicación de las reglas cuantitativas de valoración utilizadas en Estados Unidos para el decreto de las mencionadas medidas, estudiando casos concretos que se han llevado ante la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio. Para terminar, reflexionaremos sobre unas breves conclusiones.

## 2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PROCESAL COLOMBIANO: NOCIÓN Y FINALIDAD

El concepto de medidas cautelares tiene varios sinónimos en diferentes jurisdicciones. En Colombia, se llaman medidas cautelares, pero en otras partes del mundo pueden llamarse "providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, medidas preventivas (...)" (FASSI, 1971, p. 329), o también se pueden referir a la "protección jurídica provisional" (LEIBLE, 1999, p. 527).

Como sea que se llamen, las medidas cautelares no son otra cosa que órdenes del juez para garantizar que los derechos en litigio no resulten, al final del proceso, más afectados de lo que pueden llegar a estar antes del inicio del mismo. En palabras del profesor López Blanco, "... (l)a medida cautelar en el proceso civil busca precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes, o sobre los medios de prueba mientras se inicia un proceso o se adelanta" (LÓPEZ BLANCO, 2007, p. 1.047).

Así también, sobre esa naturaleza preventiva y temporal de las medidas cautelares en Colombia, ha dicho el profesor TRUJILLO LONDOÑO (2014) lo siguiente:

El desarrollo de todo proceso judicial implica el paso por las diferentes etapas procesales, previamente establecidas en un estricto orden, que necesariamente requieren de tiempo. Partiendo de esta premisa, emergen las medidas cautelares buscando mantener el equilibrio procesal, y especialmente, por efecto del tiempo, anticipar los daños que se puedan

normas legales reguladores del mercado, que desnaturalice las condiciones de dicho mercado" (EMPARANZA, 2009, p. 257).

ocasionar mientras se esperan las decisiones definitivas destinadas a hacer observar el derecho en litigio. Las medidas cautelares en Colombia han sido consideradas actos jurisdiccionales de naturaleza temporal y preventiva, las cuales recaen sobre personas, bienes o medios de prueba (p. 177).

En ese sentido, los doctrinantes han considerado que la finalidad de las medidas cautelares está en garantizar el equilibrio procesal entre las partes intervinientes de un proceso. Así, para el profesor Carnelutti, el fin de las cautelas es impedir "... (a) aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso" (CARNELUTTI, 1971, p. 415). Por su parte, el profesor CALAMANDREI bien acotó que las medidas cautelares se dirigen "... (a) evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional (*periculum in mora*), está preordenada precisamente la actividad cautelar; la cual, mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a hacer observar el derecho, provee a anticipar provisoriamente sus previsibles efectos" (CALAMANDREI, 1945, p. 157).

En otras palabras, lo que las medidas preliminares buscan es proteger los derechos que se debaten en un proceso para que la sentencia que ponga fin al mismo no resulte vacía.

De esta manera, dada su naturaleza provisional, instrumental y accesorio, las medidas cautelares no son otra cosa que herramientas para que el juez proteja los derechos que se demandan en sede judicial, de manera temporal, mientras la sentencia decide a quién corresponde otorgar en definitiva el derecho en litigio. Sin embargo, acá resulta una disyuntiva que termina siendo un problema económico de las medidas cautelares: ¿Cómo puede medirse la efectividad de la medida? ¿Qué ocurre si quien gana el proceso no es la parte a quien se le concedió la adjudicación preliminar? ¿Cómo se reversa dicha anticipación? ¿Y los daños que se causan a la parte objeto de la medida se reparan de manera correcta y eficiente? Ya lo veremos...

### 3. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE COMPETENCIA DESLEAL POR VIOLACIÓN DE NORMAS

La posibilidad de decretar medidas cautelares está prevista en la ley, la cual también prevé las principales condiciones para su procedencia. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio han desarrollado algunos criterios para identificar la procedencia de las cautelas en los procesos de competencia desleal, en especial, los que se presentan por actos desleales de violación de normas. Veamos.

#### 3.1. Normatividad: Artículo 31 de la Ley 256 de 1996 y Artículo 590 del Código General del proceso

En la Ley 256 de 1996 se reguló, en el Artículo 31, el alcance de las medidas cautelares que el juez de competencia desleal puede imponer, siempre que se den los supuestos para su procedencia, que tienen relación con la cesación provisional del acto de competencia

desleal y, debido a que la naturaleza de los comportamientos que se regulan bajo la ley de competencia desleal, puede tomar "las demás medidas cautelares que se consideren pertinentes" o "ordenar la cesación provisional del mismo", cuando el acto de competencia desleal sea inminente:

Artículo 31.- Medidas cautelares. - Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, **podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.**

Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud.

Si las medidas se solicitan antes de ser interpuesta la demanda, también será competente para adoptarlas el Juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir efectos.

No obstante, una vez presentada la demanda principal, el Juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.

Las medidas cautelares, en lo previsto por el artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil (destacado fuera del original).

Estas medidas, de acuerdo con lo previsto en la misma norma, podrán tomarse escuchando o no a la parte contraria<sup>6</sup>, y se regularán por las normas previstas para ese tipo de medidas en la legislación procesal civil.

Así pues, en el Artículo 590 del Código General del Proceso, se prevé que, en los procesos declarativos, el juez podrá decretar cualquier medida que "... encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión".

6 "De acuerdo con la gravedad y la inminencia del peligro que representa la ocurrencia del peligro que representa la ocurrencia del acto de competencia desleal, realizada o por realizarse, las medidas cautelares se pueden tramitar por el juez de la siguiente manera:

"Sin oír a la parte contraria, caso en el cual podrá el juez resolver la petición dentro de las 24 horas siguientes al recibo de la solicitud, siempre y cuando, reiteramos exista un peligro grave e inminente.

"Escuchando a la parte contraria, para lo cual basta que se aduzca la realización de un acto de competencia desleal, o su inminencia, para efectos de adoptar la solicitud y no se requiere acreditar la existencia de un peligro grave e inminente para el solicitante" (DE LA CRUZ, 2008, p. 151).

De esta manera, si realizamos una interpretación armónica de las dos normas que regulan las medidas cautelares en los procesos de competencia desleal, encontramos que el juez puede, en estos procesos, decretar cualquier medida que lleve a impedir que se sigan ejecutando en el mercado los supuestos actos desleales que el demandante alega, pero teniendo en cuenta los límites de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que el mismo Artículo 590 impone.

En nuestra opinión, y como lo desarrollaremos más adelante, vemos que existe un riesgo inadvertido en lo que corresponde a la posibilidad que tiene el juez de decretar lo que a su bien considere que puede llegar a impedir la realización de un acto de competencia desleal.

### 3.2. Procedencia de las medidas cautelares por el acto desleal de violación de normas

La Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado que, en concordancia con el Artículo 31 de la Ley 256 de 1996, "... la prosperidad de la solicitud de aplicación de las medidas cautelares en el marco de la acción de competencia desleal exige de un lado, que el peticionario se encuentre (i) *legitimado* para demandar las medidas, para lo cual deberá acreditar su participación en el mercado y la afectación actual o potencial, de sus intereses económicos como consecuencia de los actos que denuncia, y del otro, que se aporte (ii) *prueba suficiente*, aunque ella tuviere la calidad de sumaria, dada la ausencia de oportunidad para controvertirlas, que permita tener por comprobada la realización de un acto de competencia desleal y su inminencia" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014-2015). Adicionalmente, en el mencionado Artículo 590 del Código General del Proceso se exige la presentación de una caución por parte de la parte que solicita la medida. Veamos en qué consisten cada uno de estos presupuestos.

#### 3.2.1. Legitimación del solicitante

Como bien lo dijo la Autoridad de Competencia, quien quiera solicitar unas medidas cautelares para un proceso de competencia desleal deberá acreditar su participación en el mercado y la afectación o potencial afectación de los intereses económicos por parte de las conductas desleales que denuncia.

En ese sentido, las personas legitimadas para presentar solicitudes de medidas cautelares son aquellas mismas legitimadas para iniciar las acciones de competencia desleal. Esta legitimación está prevista en el Artículo 21 de la Ley 256 de 1996, de la siguiente manera:

Artículo 21. Legitimación activa. En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, 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, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley.



Las acciones contempladas en el artículo 20, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:

Las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros.

Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores.

El Procurador General de la Nación en nombre de la Nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

La legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o una parte sustancial del mismo.

Como puede verse, la norma prevé que, además de los competidores afectados, otras personas y asociaciones pueden presentar acciones de competencia desleal. Sin embargo, teniendo en cuenta los criterios que ha identificado la Superintendencia de Industria y Comercio (2014-2015), queda la duda de si los otros legitimados para presentar demandas de competencia desleal están también facultados por la ley para solicitar medidas cautelares. En nuestra opinión, y teniendo en cuenta el tenor literal del Artículo 31 de la Ley 256 de 1996, consideramos que todas las personas que se encuentran legitimadas para presentar acciones de competencia desleal pueden también presentar solicitudes de protecciones cautelares, pero ateniéndose siempre a las restricciones y limitaciones que prevé la norma que los legitima para presentar las acciones, es decir, el Artículo 21 ya citado arriba.

Finalmente, debemos anotar que las personas legitimadas para presentar solicitudes de medidas cautelares por actos desleales pueden hacerlo en cualquier momento del proceso, con la presentación de la demanda, o de manera previa a la presentación de la acción. En este último caso, la normatividad comunitaria (Decisión CAN 486 de 2000) exige que la persona solicitante presente la correspondiente demanda de competencia desleal por los hechos que dieron lugar a las cautelas dentro de los 10 días siguientes a la ejecución de las mismas:

Artículo 248- Cuando se hubiera ejecutado una medida cautelar sin intervención de la otra parte, ella se notificará a la parte afectada inmediatamente después de la ejecución. La parte afectada podrá recurrir ante la autoridad nacional competente para que revise la medida ejecutada.

Salvo norma interna en contrario, toda medida cautelar ejecutada sin intervención de la otra parte quedará sin efecto de pleno derecho si la acción de infracción no se iniciara dentro de los diez días siguientes contados desde la ejecución de la medida.

La autoridad nacional competente podrá modificar, revocar o confirmar la medida cautelar.

### 3.2.2. *Acreditación sumaria de los actos desleales alegados*

Para que procedan las medidas cautelares, en el Artículo 31 de la Ley 256 de 1996 se establece que ha de existir prueba suficiente, al menos sumaria, de la existencia de actos de competencia desleal para que procedan las medidas cautelares. Sin embargo, de manera adicional, la legislación procesal y la doctrina han considerado que se deben examinar dos elementos fundamentales para el decreto de una medida cautelar: la posibilidad del daño y la verosimilitud del derecho alegado (LÓPEZ BLANCO, 2007). Veamos qué significan estos requisitos.

#### 3.2.2.1. Humo de buen Derecho

En el Artículo 590 del Código General del Proceso, se prevé que para el decreto de medidas cautelares "el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida". Sobre la "apariencia de buen de derecho" (*fomus boni iuris*), se ha entendido que el decreto de una medida cautelar debe estar ligado a la verosimilitud del derecho que se alega, y esta hace referencia a las probabilidades que tiene el solicitante de resultar victorioso en la sentencia. Así lo decía el profesor CALAMANDREI (1945):

[B]asta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar (p. 76).

En ese mismo sentido, el profesor PARRA QUIJANO (2014) dijo:

Que lo pretendido por el demandante sea probablemente lo que se acogerá en la sentencia (apariencia de buen derecho), supone estudiar el derecho material que legitima la pretensión. El juez para hacer esa proyección, debe estudiar juiciosamente la demanda y las pruebas que se hayan acompañado con la demanda. Los datos y pruebas le sirven para construir una hipótesis, probablemente el demandante tiene razón" (pp. 315-316).

Aquí encontramos quizá el principal problema que vamos a afrontar en este documento: ¿qué tan probable tiene que ser el grado de certeza del derecho del solicitante para que se decrete la medida? Esta pregunta parece no tener una respuesta correcta en nues-

tros tribunales y es esa la principal motivación que tiene este trabajo. Quizá la mejor aproximación a una solución desde el Derecho procesal continental tiene que ver con la regla de la probabilidad prevalente que desarrolla el profesor Taruffo en su obra de la siguiente manera:

Surge, de esta manera, un criterio que proviene de la correcta interpretación de la regla de la probabilidad prevalente, que puede definirse como el estándar del grado mínimo necesario de confirmación probatoria, necesaria para que un enunciado pueda ser considerado "verdadero". Este estándar indica que es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho, aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación positiva prevalente, no sólo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50%. Naturalmente, la hipótesis con probabilidad positiva prevalente es preferible a todas las hipótesis en las que prevalece la probabilidad negativa. En otros términos, el juez puede asumir como "verdadera", por estar confirmada por las pruebas, una hipótesis sobre un hecho cuando el grado de confirmación positiva sea superior al grado de probabilidad de la hipótesis negativa correlativa. Si con el tiempo surgen otras hipótesis con un grado de confirmación positiva, entonces será racional escoger aquella que tenga el grado de confirmación relativamente mayor (TARUFFO, 2009, pp. 106-107).

Así las cosas, se podría decir que cuando la ley exige que el derecho sea probable para el decreto de la cautela, bastaría con que tal probabilidad esté por encima de aquella que tendría la parte que debe cumplir con la medida para ganar en las resultas del proceso. Todo, sin tener en cuenta una cuantificación de tales probabilidades, lo cual nosotros consideramos sigue siendo el principal problema que debe resolver el juez de la medida.

Con esto, la apariencia de buen derecho que debe demostrarse en una solicitud cautelar por competencia desleal por violación de normas tiene que ver –de acuerdo con las pruebas sumarias presentadas– la plausibilidad y factibilidad (¿probabilidad?) de la configuración de los supuestos de hecho del Artículo 18 de la Ley 256 de 1996.

Para que se configure el acto de competencia desleal descrito en el Artículo 18, deben concurrir: "(a) la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva; (b) que la ventaja se logre frente a competidores; (c) que sea adquirida mediante la infracción de una norma jurídica y, (d) que sea significativa" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2003).

En primer lugar, la norma exige que se acredite sumariamente la violación de una norma jurídica distinta de las que compone la ley de competencia desleal. Si bien la ley no hace una distinción del tipo de norma que debe ser violada, la doctrina ha identificado que la norma que se alega violada y que produce la desventaja debe ser: (i) obligatoria para las partes del proceso, cuando menos, y (ii) de aquellas normas que regulan la concurrencia de las partes a los mercados afectados (DE LA CRUZ, 2014, p. 221).

En otras palabras, lo que la doctrina advierte es que la norma que se alegue violada no puede ser una que una parte del proceso esté obligada a cumplir y otra no, ni tampoco aquellas que no regulan las actividades económicas involucradas. Todo esto, en la medida que, si no se cumple con estos dos requisitos, la supuesta violación de la norma no tendría la habilidad de causar la desventaja competitiva necesaria para que logre la tipicidad del acto desleal de violación de normas.

En segundo término, la ley exige que se dé una efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción normativa. Este requisito pone en discusión la procedencia de las medidas cautelares en los procesos de competencia desleal preventivos por violación de normas. La Autoridad de Competencia ha entendido que estas medidas sí proceden en dichos procesos y que no es necesario acreditar el requisito de la efectiva realización en el mercado (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014-2015). Sin embargo, la doctrina ha sido escéptica frente a este punto, advirtiendo que la realización de la ventaja en el mercado es necesaria para que se dé la competencia desleal —y, por ende, procedan las medidas—, ya que quedaría en entredicho la finalidad concurrencial<sup>7</sup> de las infracciones alegadas<sup>8</sup>.

En tercer lugar, la norma exige que la ventaja competitiva adquirida mediante la violación de la norma jurídica se dé frente a los competidores. Este es un requisito único de este tipo de conducta desleal y debe aplicarse sin muchas explicaciones. Así, si una infracción de una norma no genera una ventaja competitiva frente a los competidores, dicha infracción no configura el acto desleal de violación de normas.

En último lugar, para que procedan las medidas debe acreditarse, sumariamente, que la ventaja competitiva producto de la infracción jurídica es significativa. Cuando la ley habla de significatividad, hace alusión a que sea relevante para la competencia en el mercado afectado. Es decir, el efecto que causa la violación de la norma debe afectar la decisión y la información de los consumidores de manera significativa que termina afectando sustancialmente las condiciones de competencia entre los agentes competidores. Dice la doctrina que, "... (e)n este caso, se debe provocar una desigualdad de trato entre quienes concurren, esto es un desequilibrio de beneficios entre quien actúa

7 De acuerdo con lo previsto en el Artículo 2 de la Ley 256 de 1996, la configuración de los actos de competencia desleal que prohíbe dicha ley deben ser realizados en el mercado con fines concurrenciales, es decir, que estos deben ser idóneos para incrementar o mantener la participación en el mercado del infractor.

8 "Este requisito descarta que la conducta se pueda estimar tipificada por su potencialidad. La violación de normas del artículo 18 de la Ley 256 de 1996 es un tipo de resultado que se origina en la infracción a una norma jurídica. En este sentido, debe haber un nexo de causalidad entre la ventaja que se logre y la infracción a la norma jurídica. En efecto, mientras la infracción a una norma jurídica no trascienda al mercado, no podrá haber competencia desleal, y esto puede tener dos razones: (i) la norma cuya infracción se analiza no otorga una ventaja competitiva, ya que no es de aquellas que regula la actuación concurrencial de los agentes en el mercado o, (ii) que el infractor no traslade la ventaja obtenida a su actividad concurrencial frente a consumidores y contra los competidores, siendo entonces neutra para el mercado" (DE LA CRUZ, 2014, p. 223).

en el marco de la legalidad y recibe sus compensaciones al respecto y quien lo hace al margen de la misma, obteniendo de este modo muchos más frutos que el primero" (BARONA, 2008, p. 628).

### 3.2.2.2. Posibilidad de daño

En el Artículo 590 del Código General del Proceso se establece que "... (p)ara decretar la medida cautelar el juez apreciará (...) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho".

Así pues, las medidas cautelares exigen la existencia de un daño inminente, de modo que su decreto se torne urgente y necesario para salvaguardar el cumplimiento de la futura sentencia, así como la protección del derecho que se controvierte<sup>9</sup>.

De esta forma, para que proceda el decreto de medidas cautelares por el acto desleal de violación de normas, el solicitante deberá acreditar que la supuesta ventaja competitiva producto de la infracción normativa le está causando un perjuicio actual o inminente que, dada la duración del proceso judicial, puede agravarse en caso de no concederse la protección cautelar.

### 3.2.3. La caución

En el numeral segundo del Artículo 590 del Código General del Proceso se dice que

... (p)ara que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

Como puede verse, la ley prevé que las medidas cautelares pueden causar contingencias en caso de no resultar probados en el proceso los actos de competencia desleal alegados. En esa medida, el solicitante debe prestar caución como garantía de los posibles perjuicios que la medida pueda llegar a causar.

En nuestra opinión, este es un punto crítico desde el punto de vista económico para el caso del acto desleal de violación de normas. ¿Qué pasa si la caución no logra cubrir los perjuicios causados? ¿Qué tan eficiente puede ser la caución? Estas preguntas están muy ligadas a la cuestión que tratamos anteriormente sobre la probabilidad del grado de certeza (verosimilitud) del derecho de quien solicita la medida, teniendo en cuenta

9 "Es así como Chioyenda, al mencionar las condiciones de la medida cautelar, dice que 'el juez debe examinar si las características del daño dan serios motivos para temer el hecho dañoso y si el hecho es urgente y por lo mismo necesario'" (LÓPEZ BLANCO, 2007).

que, para determinar el monto de la caución de una manera correcta, resulta necesario: (i) cuantificar (medir, calcular) esa probabilidad de éxito que tiene el solicitante al final del proceso y (ii) la cuantía de los posibles daños que la medida pueda causar.

En nuestra opinión, como veremos más adelante, ese ejercicio no ha sido aproximado de manera eficiente por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y es por ello que consideramos pertinente la realización de un Análisis Económico del Derecho comparado para evaluar si las herramientas utilizadas en otras jurisdicciones podrían mejorar la tarea que la autoridad ha venido haciendo.

#### 4. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL NORTEAMERICANO

Como bien es sabido, las reglas de Derecho en el *Common Law* son mayoritariamente creadas a partir de precedentes judiciales. Si bien existen cuerpos de ley bastante estructurados, en muchas de las áreas del Derecho son los jueces quienes a partir de fallos anteriores y criterio jurídico propio estructuran las reglas que han de ser aplicadas en los casos sometidos a su jurisdicción.

Pues bien, en Estados Unidos, tanto la Corte Suprema como las Cortes de Apelaciones de los circuitos judiciales<sup>10</sup> han desarrollado la regla con los requisitos para el

10 El sistema judicial norteamericano está compuesto por un subsistema de cortes estatales (que aplican el Derecho de cada uno de los 50 estados que componen la Unión) y por un subsistema de cortes federales que se encargan de aplicar las normas que regulan a todos los estados (la Constitución y la ley federal). Sobre la estructura del subsistema judicial federal, conviene revisar la siguiente explicación que hace el mismo Gobierno Federal de los Estados Unidos:

La Constitución establece la Corte Suprema de los Estados Unidos y le otorga al Congreso la autoridad para establecer los tribunales federales de menor nivel. El Congreso ha establecido dos niveles de tribunales federales de niveles menores a la Corte Suprema, o sea el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos y el Tribunal de Circuito de Apelaciones.

El Tribunal de Distrito de los Estados Unidos es el tribunal de primera instancia del sistema federal con 94 tribunales en todo el país, incorporando por lo menos uno en cada estado con jueces que presiden individualmente durante la presentación de causas. Además de los jueces de distrito, los jueces de quiebra (quienes presiden únicamente en causas de quiebra) y los jueces de competencia limitada (llamados magistrados en los EE.UU.) presiden sobre muchas obligaciones judiciales bajo la supervisión general de los jueces, y se encuentran a nivel de los tribunales de distrito. El siguiente nivel es el Tribunal de Distrito de Apelación de los Estados Unidos compuesto por un total de 12 tribunales (apelación intermediaria) a nivel regional ubicados en distintas zonas del país, en los cuales comparecen las causas de apelación de los tribunales de distrito ante tribunales en banca de tres jueces. Cualquiera de las partes tiene el derecho de apelar al tribunal de circuito de apelación (con la excepción del gobierno quien no tiene derecho de apelación en causas penales si el veredicto es no culpable.) Estos tribunales de circuito regional también presiden sobre causas de apelaciones de las decisiones de las agencias administrativas federales. Un tribunal de circuito no regional (el circuito federal) preside apelaciones de causas especializadas tales como aquellas que se tratan de leyes de patentes, así como reclamos contra el gobierno federal.

La Corte Suprema de los Estados Unidos es la corte federal más alta del sistema de cortes federales, integrada por nueve ministros quienes presiden en banca sobre las causas. A su exclusivo criterio la

decreto de medidas cautelares, y ha habido uno que otro juez que ha ido más allá de los planteamientos meramente jurídicos. Veamos.

#### 4.1. Primeros desarrollos jurisprudenciales en las Cortes de Apelaciones de los circuitos judiciales sobre el decreto de medidas cautelares: el caso especial del séptimo circuito

Como advertimos, el desarrollo de las reglas que deben seguirse para conceder una medida cautelar en la justicia norteamericana ha sido diverso. Los circuitos judiciales han ido desplegando sus propios estándares (*Standard for Preliminary Injunctions*) sin considerar con mucho detalle lo que contienen los precedentes persuasivos de los otros circuitos. Caso especial es el del séptimo circuito que ha sido todo un recorrido del altibajo que ha resultado muy interesante, por decir lo menos.

Ahora, lo que sí puede establecerse de manera general es que estas mencionadas reglas están compuestas de dos elementos comunes fundamentales: (i) los factores o requisitos que se deben llenar para que procedan las medidas, y (ii) la forma como deben aplicarse o evaluarse esos requisitos. Miremos algunos ejemplos.

##### 4.1.1. Factores a tener en cuenta

Si bien existen factores comunes en las diferentes reglas que utilizan las Cortes de Apelaciones para decretar medidas preliminares, los primeros desarrollos de jurisprudencia muestran estándares similares, pero no iguales.

Por ejemplo, en el sexto circuito de apelaciones, el Tribunal estableció, inicialmente, que las medidas preliminares deben ser decretadas analizando si: (i) el solicitante ha demostrado una fuerte o sustancial probabilidad de ganar en los méritos del caso; (ii) el solicitante ha demostrado un daño irreparable; (iii) la medida solicitada causaría daños a terceros y (iv) el interés general prevalecerá con el eventual decreto de la medida (*Frisch's Restaurant Inc. v. Shoney's Inc.*, 1985).

Por otro lado, la Corte de Apelaciones del séptimo circuito estableció en un momento que para que una medida cautelar fuese decretada era necesario que los demandantes mostraran que: (i) no existe ningún otro remedio adecuado en Derecho y/o daño irreparable; (ii) el daño que el demandante sufriría sea mayor que el daño que el demandado soportaría si la medida es decretada; (iii) el demandante tiene una probabilidad razonable de ganar en los méritos del caso, y (iv) la medida no afectaría el interés general (*Schulz v. Frisby*, 1986).

Corte Suprema de los Estados Unidos puede presidir en casos de apelación de los tribunales de circuito federal como también de los tribunales más altos estatales, si la apelación involucra la Constitución de los Estados Unidos o la ley federal (Centro Judicial Federal, 2007).

El caso de este circuito ha sido especial. Aun dentro de él mismo, la posición jurisprudencial para el decreto de cautelas había cambiado varias veces antes de llegar a los cuatro requisitos que enlistamos arriba, los cuales, veremos, no fueron el último estándar que haya sido formulado.

Así, en un caso anterior, la Corte propuso un quinto requisito adicional a los cuatro que explicamos y que consiste en que el demandante debía demostrar que la medida resultaría en el regreso de las cosas al estado en el que estaban anteriormente (EEOC v. City of Janesville, 1980). Por su parte, dos años después, el Tribunal estableció un *test* que se alejó de los requisitos que conocemos, afirmando lo siguiente:

La decisión de conceder o denegar una medida cautelar involucra una comparación de las probabilidades y consecuencias (tanto públicas como privadas) de dos tipos de error: (i) el conceder un cautela a un demandante que no lo merece, o sea, uno que no tendrá un derecho a la medida cuando el caso sea estudiado en el fondo (...); y (ii) el negar una medida a un demandante que sí lo merece (Omega Satellite Prod. Co. v. City of Indianapolis, 1982).

Como puede verse, la posición de la Corte de Apelaciones del séptimo circuito ha sido muy variada. Sin embargo, se pueden identificar elementos comunes en las diferentes reglas que vimos, tales como la probabilidad de ganar en el fondo del caso, o la necesidad de la presencia de un daño irreparable, o la preservación del interés general. Todo esto, en un primer momento, lo que nos indica es que existe congruencia en las preocupaciones que levantan las medidas cautelares tanto en Colombia como en Estados Unidos, y que tienen que ver con la necesidad de que el decreto de medidas preliminares responda a criterios objetivos.

No obstante lo anterior, tenemos que resaltar este desarrollo jurisprudencial sobre el decreto de medidas preliminares no terminó allí. Quizá la posición más osada y controversial vino después, de la mano del juez RICHARD A. POSNER, quien como precursor del Análisis Económico del Derecho ha sido considerado como uno de los juristas más influyentes de los últimos 50 años. La fórmula que plantea el juez Posner constituye el insumo principal de este trabajo y será explicada en detalle más adelante.

#### 4.1.2. *Métodos de aplicación de los factores*

Si bien las reglas para decretar medidas contienen una serie de requisitos que debe reunir la solicitud del demandante, en los diferentes circuitos la aplicación de tales requerimientos ha variado. El *test* más estricto, utilizado por los circuitos quinto y undécimo, exige el cumplimiento de todos los requisitos de una manera suficiente. Ahora, el *test* utilizado por la mayoría de los circuitos, incluido el séptimo, demanda un balanceo de los diferentes factores para sopesar unos con otros, no necesitando así tener todos ellos la misma fuerza suficiente para que se decrete la medida (SILBERMAN, 1987).



Este último método de aplicación de los factores resulta bastante subjetivo... ¿Cómo cuantificamos los factores para darles un peso determinado que los permita ponderar? ¿Qué elementos tiene en cuenta el juez para determinar si un factor es más importante que otro? Esas siguen siendo preguntas sin respuestas, por lo menos, en el mundo del Derecho.

#### 4.2. Posición de la Corte Suprema de Justicia

Al margen de lo establecido por los tribunales de los circuitos, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ha definido la regla para el decreto de medidas preliminares recogiendo las diferentes aproximaciones que se han tenido al respecto. Así pues, la Corte dijo que "... (u)n demandante que persiga el decreto de una medida preliminar debe establecer que es probable que gane en el fondo del proceso, que es probable que sufra un daño irreparable en ausencia del alivio preliminar y que la balanza de derechos se inclina a su favor" (*Winters v. National Resources Defense Council, Inc.*, 2008).

Como podemos ver, en Estados Unidos, tanto en los circuitos como en la jurisprudencia de la Corte Suprema, también están presentes los elementos de la posibilidad de daño y la apariencia de buen derecho, pero con algunas variantes.

El hecho que se exija un daño irreparable y no simplemente una posibilidad de daño hace la diferencia. En competencia desleal, por ejemplo, un daño irreparable tendría que ver con que el competidor no pudiera volver a competir. Ahora, ¿qué ocurre con la probabilidad de ganar el caso en los méritos? De acuerdo con las reglas anteriores, para que se decrete una medida es necesario que haya más probabilidad de ganar que de perder. Esto tiene todo el sentido. En competencia desleal en Colombia, como veremos más adelante, pareciera que este análisis no se hace, aun cuando la norma sí tiene elementos de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad que imponen al juez la obligación de realizar un escrutinio mayor. Simplemente, se valora una prueba de que el acto desleal está ocurriendo, pero no se va más allá a determinar, objetivamente, si quien acredita con prueba sumaria un supuesto acto desleal tiene altas o bajas probabilidades de ganar en el momento que se dicte sentencia.

En nuestra opinión, vemos que ambas regulaciones –tanto la colombiana como la norteamericana– demandan por la necesidad de herramientas suficientes para que la decisión de decretar sea lo menos subjetiva posible. Sin embargo, pareciera, como veremos más adelante, que el juez de competencia desleal no está haciendo la tarea de la mejor manera.

#### 4.3. Regla de minimización de error de Leubsdorf-Posner

Arriba vimos la movida actividad en materia de medidas cautelares que ha tenido el séptimo circuito del sistema judicial federal de Estados Unidos. Sin embargo, la innovación jurisprudencial no quedó ahí. Y fue el juez Posner quien realizó un poco de arqueología

jurídica y económica y estructuró un estándar realizando una aplicación de las herramientas propias del análisis económico del Derecho... ¿De qué se trata todo esto? Veamos.

En el año 1978, el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston JOHN LEUBSDORF, luego de explicar la confusa historia que había tenido en Estados Unidos la estructuración de las reglas para el decreto de las cautelas preliminares, planteó un modelo que propendía a "... minimizar la probable pérdida irreparable de derechos causada por el error provocado por una decisión apresurada (...)" (LEUBSDORF, 1978, pp. 540-541). Dicho modelo no era otra cosa que una ponderación en términos de esperanza matemática o valor esperado<sup>11</sup> – de las posibles consecuencias que la medida podía generar para minimizar el error en el que el juez podía caer al tomar una decisión preliminar sin tener la certeza absoluta sobre qué parte iba a resultar victoriosa en el fondo del proceso. En palabras del mismo profesor Leubsdorf, el modelo se explica de la siguiente manera:

La corte, en teoría, debería evaluar la probable pérdida irreparable de derechos que una medida cautelar causaría, multiplicando la probabilidad que existe de que el demandado gane el proceso por la cuantía de la pérdida irreparable que el mismo demandado sufriría si se le impide ejercer lo que estaría en su legal derecho. Debería entonces hacer un cálculo similar de la probable pérdida irreparable de derechos que para el demandante causaría la negación de la medida cautelar. Cualquiera que prometa la probable pérdida más pequeña, deberá ser adoptada (...) (LEUBSDORF, 1978, p. 542).

En resumen, lo que sugiere Leubsdorf es que se pondere la probabilidad de los daños que causaría la medida con la probabilidad que tiene el demandado de ganar; que se haga lo mismo con los daños que sufriría el demandante si no se decreta la medida con la probabilidad que tiene este de triunfar en el fondo. Aquel valor esperado que indique un valor menor de perjuicios ponderados, deberá ser el que indique si la medida deberá ser decretada o no.

Pues bien, fue este planteamiento abstracto del profesor LEUBSDORF el que el juez Posner llevó a la Corte de Apelaciones del séptimo circuito, pero ya realizando la formulación de una inequación de valor esperado que indica qué decisión se debería tomar para decretar una medida cautelar. En una famosa sentencia, el juez estableció:

11 La esperanza matemática es un concepto bastante útil para el análisis económico del Derecho. En el marco de decisiones de agentes racionales, un jugador puede tomar decisiones con base en las probabilidades de la ocurrencia de un evento y en la recompensa o pago que recibirá si tal evento ocurre. También puede ocurrir que quien deba tomar la decisión racional se enfrente a la ocurrencia de dos eventos, con recompensas distintas y probabilidades de ocurrencia distintas. El cálculo del valor esperado de ambos eventos servirá para que el agente racional opte por la decisión que mayor valor esperado le reporte (NARANJO, 2013, p. 51). Es precisamente bajo este razonamiento que Leubsdorf planteó su modelo.

[C]onceda la medida cautelar si y solo si  $P * H_p > (1 - P) * H_d$  o en otras palabras, solo si el daño que se causaría al demandante si no se decreta la medida multiplicado por la probabilidad de que la negación sea un error (que el demandante, en otras palabras, gane el proceso), excede el perjuicio que se le causaría al demandando si la medida es decretada, multiplicado por la probabilidad que se conceder la medida sea un error (American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products, Ltd., 1986).

No deja de causar asombro esta sofisticada forma de medir los daños que una medida cautelar puede causar y así tener criterios objetivos para, como ellos mismos lo dijeron, minimizar el error en el que puede caer un juez cuando se enfrenta a la solicitud de una cautela. Hay acá varios elementos que debemos considerar a la hora de analizar si este modelo puede ser aplicado a los procesos de competencia desleal por violación de normas. Primero, debemos considerar que el modelo siempre habla de daño irreparable. Segundo, el modelo supone el cálculo concreto de los posibles daños y de las probabilidades de éxito de las partes. Pero, ¿de dónde salen estos valores? ¿Quién los determina? ¿Será que la Superintendencia de Industria y Comercio está en condiciones de cuantificar esos elementos? Ya miraremos...

Lo que sí es cierto es que Posner ha recibido muchas críticas en el planteamiento de su modelo. Se le ha cuestionado precisamente que el modelo sigue teniendo tintes subjetivos en la medida que es ahora el juez el que va cuantificar las variables de la incuación, si bien no de manera arbitraria, sí discrecional, puesto que la incertidumbre sigue estando presente en el momento en que se debe decidir sobre conceder la cautela o no, y en definitiva, la magnitud exacta de los posibles daños que se pueden eventualmente causar y la probabilidad de éxito en el fondo del proceso no se pueden calcular con certeza. En ese sentido, se le dijo a Posner que su modelo era como "el círculo que no podía ser cuadrado", haciendo referencia a la imposibilidad geométrica de construir un cuadrado cuya área sea igual a la de un círculo determinado (SILBERMAN, 1987, p. 306).

##### 5. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES POR EL ACTO DESLEAL DE VIOLACIÓN DE NORMAS

Las medidas cautelares en los procesos de competencia desleal por violación de normas pueden no ser muy eficientes dada la naturaleza del acto. Hay que tener en cuenta que, en el caso de esta conducta en particular, estamos frente a unos supuestos de hechos complejos. Precisamente, lo que la ley castiga es la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de otra norma.

En este caso, de acuerdo con lo que hemos estudiado sobre la procedencia de las medidas cautelares en el procedimiento civil colombiano, el juez de competencia desleal tendría que evaluar si se encuentra acreditada, así sea sumariamente, la realización en el mercado de una ventaja competitiva producto de la violación de una norma.

Pero, ¿cómo hace el juez de competencia desleal para no prejuzgar en ese momento?<sup>12</sup> ¿Cómo evalúa que existió una violación de norma que generó una ventaja ilegal frente a los competidores? La ley siempre es posible violarla, pero no siempre dicha violación acarrea competencia desleal.

Estas son inquietudes que, consideramos, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de juez de competencia desleal, no ha podido resolver o, por lo menos, lo ha hecho de una manera ineficiente que acarrea problemas posteriores cuando, por ejemplo, quien solicita la medida resulta vencido en el fondo del proceso. Acá resulta otro inconveniente que tiene que ver con la suficiencia de la caución que garantiza los perjuicios causados a la parte que nunca debió soportar la medida. A nuestro juicio, la Superintendencia también se ha equivocado en este tema.

La idea central de este trabajo es analizar la forma como la Superintendencia de Industria y Comercio está decretando medidas cautelares en procesos de competencia desleal por violación de normas y evaluar si la aplicación de un modelo como el planteado en el séptimo circuito judicial de Estados Unidos mejoraría la importante tarea que como juez de competencia desleal realiza esta entidad. Revisemos.

### **5.1. La incertidumbre legal que cobija las medidas cautelares: la ineficiencia de la caución y la diferencia de interpretación de la ley**

De toda la doctrina que hemos revisado en materia de medidas cautelares, nos podemos dar cuenta de que estas tienen un problema económico y pueden resultar no ser muy eficientes cuando se llega al final del proceso. Como ya vimos, las cautelares tienen una naturaleza accesoria y provisional y su finalidad está orientada a proteger los derechos en litigio mientras dura el proceso para que se mantenga el equilibrio entre las partes y no empeore la que se debate en sede judicial.

En ese mismo sentido, vimos que la ley establece una garantía (caución) que debe prestar el solicitante de las medidas para cubrir los posibles perjuicios que se pueden causar con la medida. Sin embargo, en muchos casos, la caución no corresponde a los verdaderos perjuicios que puede llegar a tener la medida. Así, el costo de haber decretado la cautela resulta mayor a la compensación al daño que pudo haber causado esta (BROOKS y SCHWARTZ, 2005).

Ese parece ser el verdadero problema económico que tienen las medidas cautelares, el cual está asociado a la falta de certeza que se tiene al momento de decretar la medida, pues teniendo en cuenta que el proceso no se ha adelantado, la "aparición de buen

12 En la doctrina se ha hablado sobre la imposibilidad o, más bien, dificultad con la que cuenta el juez de competencia desleal para establecer la apariencia de buen derecho con la que tiene que contar el solicitante de una medida cautelar para que se la decreten. Esto puede llevar a un prejuzgamiento en la medida en que el juez debe revisar las pruebas sumarias con las que cuenta para determinar si ha habido un acto desleal reprochable, y con esto, puede llegar a contaminar su criterio por cuanto que, por vía cautelar, se estaría anticipando la sentencia final del proceso (SANDOVAL, 2016, p. 170).

derecho" que puede llegar a demostrar el solicitante puede resultar siendo solo eso: una apariencia. Y es precisamente este riesgo el que quieren mitigar Leubsdorf y Posner con su modelo: el error de otorgar o negar una medida cautelar cuando la decisión correcta era la contraria.

Pues este problema sí que está presente en las medidas cautelares decretadas en los procesos de competencia desleal por violación de normas. En estos casos, las órdenes del juez van generalmente orientadas a cumplir con una determinada norma porque está supuestamente probado que se está dando una infracción y que esa infracción está generando una ventaja competitiva significativa que sin la violación normativa no se obtendría. Sin embargo, muchas veces, la parte que supuestamente incumple la norma simplemente está realizando una interpretación distinta de la misma, pero resulta que esa interpretación está generando una cuantiosa desventaja a los competidores. Así, el juez termina decretando una medida que consiste en imponer la interpretación contraria de la ley a la que el sujeto objeto de la medida venía aplicando. La pregunta que surge acá es la siguiente: ¿Qué pasa si al final del proceso la interpretación correcta era la del afectado por la medida? ¿Es suficiente la caución para compensar los daños que se le causaron con ocasión de la cautela? ¿No será que el modelo de Posner nos ayuda a mitigar el error?

Este punto resulta crítico en los procesos de competencia desleal porque generalmente los derechos que en estos se disputan involucran el día a día de las actividades económicas de las empresas y, por ende, se ven comprometidas muy altas sumas de dinero, por lo que las cauciones no reflejan el verdadero perjuicio que se causa con la medida, como se verá en un par de casos más adelante.

En ese sentido, el verdadero problema radica en el origen de la medida cautelar debido a que la incertidumbre legal con la que nace la protección termina materializándose en una certeza contraria a la que el juez creía y, por ende, lleva a que se tenga que hacer efectiva la caución. Y esto es así porque, aun cuando el juez de competencia desleal cuenta con elementos normativos que le ayudan a valorar los eventuales perjuicios que la medida puede causar, pareciera que no lo está haciendo.

No puede ser que toda diferencia de interpretación en la ley puede significar que existe prueba sumaria para acreditar la infracción normativa que exige el Artículo 18 de la Ley 256 de 1996. En nuestra opinión, la Superintendencia está haciendo mal la tarea de evaluar la apariencia de buen derecho que tiene el solicitante y eso podría llevar a que los perjuicios causados con la medida, si este no gana, resulten desproporcionados a la valoración inicial (monto de la caución) que hizo el juez *a priori*.

En nuestra opinión, el juez de competencia desleal debería ser más cuidadoso a la hora de evaluar la apariencia de buen derecho que tiene el solicitante, ya que una mera diferencia interpretativa de la ley puede terminar siendo "hechiza" al final del proceso, y la medida resultaría perjudicando gravemente al competidor que solo aplicaba la ley como de buena fe creía que se aplicaba. Una cosa es tener una interpretación de la ley distinta, pero justificada. Otra es violar la ley sin ningún reproche para perjudicar a los agentes del mercado.

En síntesis, creemos que las medidas cautelares de los procesos del Artículo 18 tienen un problema en la medida en que la incertidumbre que rodea el decreto de la medida puede ser mayor en estos casos, ya que el juez no valora correctamente la apariencia de buen derecho del solicitante pues admite que una simple diferencia de interpretación sea tenida como violación de la ley. Esto lleva a que existan amplias probabilidades de que el demandado termine teniendo la interpretación más acertada y resulte ganando el proceso. De esta manera, habría que hacer efectiva la caución para compensar los daños, cuya cuantía puede no alcanzar. En esa medida, era mejor no haber decretado las cautelares.

Por fortuna, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en Auto del 2 de septiembre de 2016, determinó que no era posible, mediante la solicitud de medidas cautelares de competencia desleal, ventilar supuestos incumplimientos normativos que solo tienen que ver con la esfera administrativa y regulatoria, como actos desleales que tienen efectos en los mercados. No todo puede ser objeto de una medida cautelar de competencia desleal y parece ser este un buen punto de partida.

Sin embargo, nuestra sugerencia en este trabajo va encaminada a evaluar si resulta posible la aplicación del modelo de minimización de error que el juez Posner llevó a su Corte, en los procesos de competencia desleal. Para ellos, en el numeral que sigue, revisaremos algunos casos en los que consideramos la Superintendencia ha decretado medidas con base en simples diferencias de interpretación y, además de ello, los montos de las cauciones no corresponden con los perjuicios que eventualmente se pueden llegar a causar. Miraremos ahí si el modelo de Posner y Leubsdorf mejoraría la actividad de la Superintendencia como juez preliminar.

## 5.2. ¿Es posible aplicar la regla de Leubsdorf-Posner en las medidas cautelares por el acto desleal de violación de normas? Análisis de casos

Para entrar a evaluar si el modelo de minimización de error del que hemos hablado en este documento puede resultar aplicable a los procesos de competencia desleal para mejorar la tarea del juez, revisaremos algunos casos concretos en los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio ha decretado medidas cautelares por supuestas violaciones del Artículo 18 de la Ley 256 de 1996.

En esos casos, partimos de la base que, en nuestra opinión, (i) la realización del acto de competencia no se encontraba sumariamente acreditado, sino que la supuesta violación de la ley que conllevó a una ventaja competitiva era una mera diferencia de interpretación, y (ii) que, como probaremos, el monto de la caución que se decretó no resulta suficiente para suplir los perjuicios que eventualmente se puede llegar a causar al demandado. Entremos en materia, entonces.

Mediante el Auto 20851 del 10 de abril de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio decretó una medida cautelar en contra de Comunicación Celular S.A. (Comcel) y a favor de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (Movistar), por el supuesto

incumplimiento de la regulación sectorial relacionada con los cargos de interconexión en el mercado de voz saliente móvil.

Los cargos de interconexión son, a grandes rasgos, peajes que deben pagar los operadores por terminar las llamadas en las redes de otro operador. Si un usuario de Comcel realiza una llamada a otro usuario de Comcel, la llamada empieza y termina en la misma red. Ahí no habría cargo de interconexión. Sin embargo, cuando un usuario de Comcel hace una llamada a un usuario de Movistar, la llamada termina en la red de este último. En este caso, Comcel deberá pagar una tarifa a Movistar por terminar la llamada en su red. Y si un usuario de Movistar llama a uno de Comcel, Movistar deberá hacer lo mismo.

Esos cargos de interconexión están regulados y la regulación previó, en un momento, para fomentar la competencia y prevenir el abuso de posición dominante, que fueran asimétricos, es decir, que Comcel pagaba más a Movistar por terminar llamadas en su red que lo que pagaba Movistar a Comcel por terminar llamadas en la suya.

Así pues, este conflicto radica en que Movistar cree que a partir del 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2015 los cargos debían seguir siendo asimétricos. En cambio, Comcel considera que la regulación de cargos asimétricos terminó su vigencia el día 31 de diciembre de 2014. Esta diferencia de interpretación regulatoria significa, a grandes rasgos, que Movistar recibiría por parte de Comcel, cada mes, durante el 2015, la suma de alrededor de 5.000'000.000,00 COP menos que los que estaba, según ella, en su derecho de recibir<sup>13</sup>.

Con esto, Movistar argumentó que Comcel estaba obteniendo una ventaja competitiva con ocasión de la violación de la regulación. Así, en el auto mencionado, la SIC sostuvo que estaba sumariamente acreditado que Comcel había incumplido la regulación y que eso le generaba una ventaja competitiva significativa frente a los competidores que ahora dejaban de recibir más dinero por concepto de la remuneración de los cargos de acceso a las redes de telefonía. La medida consistió en aplicar la regulación que supuestamente se estaba incumpliendo y, por ende, pagar las sumas allí previstas para los cargos de acceso. En esa medida cautelar, la SIC no advirtió que es plausible que, como lo argumentó Comcel, no hubiera ningún incumplimiento regulatorio sino una mera diferencia de interpretación de la regulación, ya que Comcel alegaba que tenía razones suficientes para sostener que esa regulación no le aplicaba.

La pregunta que surge, en primer lugar, es si debía haberse decretado la medida asumiendo que Comcel violó la regulación. Para responder la inquietud, evaluemos ahora si es posible la aplicación del modelo de minimización de error de Posner. Tendríamos que entrar entonces a cuantificar las probabilidades de éxito y los posibles daños que sufrirían las partes con ocasión del decreto o no decreto de la medida.

En este caso, la probabilidad de éxito se inclinaría hacia aquella persona que el juez considere que tiene la interpretación de la regulación más apropiada en Derecho. Esto no deja de ser una valoración meramente subjetiva. El juez, al tomar esta decisión, estaría casi

13 Para revisar estos antecedentes, revítese el expediente 15-044442 de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

prejuzgando, pues asumiría que tal interpretación es la correcta y eso desencadenaría en si habría o no competencia desleal. Así pues, para no prejuizar, entendiendo que las dos interpretaciones de la ley pueden ser válidas o, por lo menos, ninguna de las dos es desleal o de mala fe, el juez debería entender que la probabilidad de éxito en ese proceso está en un 50% para ambas partes. La ambigüedad a la que se enfrenta el juez cuando ve que ambas visiones de la norma resultan igualmente probables no nos permite desequilibrar la balanza. Sin embargo, esto no siempre ocurre en los procesos de competencia desleal por violación de normas. Más adelante, mostraremos cómo existen casos en los que la interpretación de las partes no genera tal ambigüedad en el juez que le lleve a concluir, *ex ante*, que la probabilidad de éxito de ambas partes es la misma.

Por otro lado, habría que estimar los perjuicios que se sufrirían con ocasión de la medida. Así, si no se decretara la medida y la interpretación de Movistar fuese la correcta, esta sufriría unos perjuicios de 60'000.000.000 COP, ya que dejaría de recibir alrededor de 5.000'000.000,00 COP por el término de 12 meses. Este mismo valor sería el perjuicio de Comcel si se decreta la medida y su interpretación de la regulación prevaleciera.

Antes de aplicar el modelo, debemos hacer notar que la tarea que hizo la Superintendencia en la estimación de los posibles perjuicios estuvo por sobre todo equivocada. Esto, en la medida en que en el presente caso se decretó como caución la suma de 15.000'000.000,00 COP, suma que apenas llega al 25% de los eventuales perjuicios que podía causar la medida. He ahí un claro ejemplo de la ineficiencia de la caución y de la necesidad de pensar en otras herramientas.

Pues bien, con estos valores, la aplicación del modelo de minimización de error consistiría en medir los valores esperados de ambos escenarios para ver cuál minimizaría el error del juez. Así, el daño que se causaría a Movistar si no se decreta la medida multiplicado por la probabilidad de éxito de esta empresa sería Por su parte, el daño que se causaría a Comcel si se decreta la medida multiplicado por la probabilidad de que esta gane en el fondo daría exactamente el mismo resultado.

Así las cosas, de acuerdo con la regla, en este caso, la regla de Posner no cumple el objetivo: no minimiza el error en el que incurriría el juez decretando una medida equivocada o no decretando una medida justa.

Este mismo caso se repitió en la Superintendencia con el Auto 29083 de 2015, mediante el cual dicha autoridad decretó una medida cautelar igual en contra de Comcel, pero a favor de Colombia Móvil S.A. E.S.P. (Tigo). En este caso, la diferencia regulatoria se traducía en una suma mensual de alrededor de 3.500'000.000,00 COP. Acá la Superintendencia también se equivocó en la estimación de los perjuicios, puesto que decretó una caución equivalente a 3.200'000.000,00 COP, lo que no alcanzaría a cubrir ni el 10% de los eventuales perjuicios. No obstante, debemos indicar que el resultado de la aplicación del modelo hubiese sido el mismo que el anterior y, por ende, la fórmula tampoco minimiza el error del juez.

Al parecer, este modelo sí daría alguna ayuda al juez de competencia desleal si se logran cuantificar con cierto grado de precisión los elementos que componen la inecuación.



Sin embargo, ahí está el problema mayor. Como pudimos ver, los perjuicios que sufrirían las partes en los casos analizados fue posible estimarlos de una manera más o menos acertada. Ahora, en lo que tiene que ver con la probabilidad de éxito —que en resumidas cuentas no es otra cosa que la apariencia de buen derecho—, el juez de competencia desleal se ve enfrentado a un problema mayor para calcular dicho valor.

Arriba vimos que existen casos de ambigüedad interpretativa en los cuales el juez debe asignar una probabilidad equivalente de éxito a ambas partes. Sin embargo, existen casos en los que el juez sí debe inclinar la balanza asignando probabilidades diferentes porque resulta evidente que una de las interpretaciones de las partes es más probable como contraria a la ley, aun *ex ante*. Por ejemplo, casos en los cuales la interpretación fuese amañada o de mala fe, o que va en contra de lo que jurisprudencial o doctrinariamente se ha entendido como mayoritario. Eso le daría elementos suficientes al juez para inclinar la balanza, y la aplicación del modelo cobraría aun mayor utilidad.

Por ejemplo, mediante el Auto 10723 del 2016<sup>[14]</sup>, la Superintendencia decretó una medida cautelar, esta vez en contra de Movistar, por la ventaja competitiva que le generó incumplir unas órdenes del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones dentro de una actuación administrativa tendiente a reorganizar el espectro radioeléctrico.

Resulta que las asignaciones de espectro que hace el Estado a los prestadores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones no están parceladas de manera continua y eso genera deficiencias en la prestación del servicio de quienes ostentan la asignación de la porción de espectro de menor calidad. Por ello, el Ministerio adelantó una actuación administrativa tendiente a estructurar la reparcelación del espectro (*refarming*) para mejorar la calidad del servicio. El prestador más interesado en esa actuación era Comcel, ya que su asignación de espectro era la más deficiente. En medio de esta discusión, el Ministerio ordenó la práctica de una prueba técnica que requería la colaboración de todos los operadores y Movistar hizo caso omiso a esta orden, sin explicación alguna. Esta conducta de Movistar quedó plenamente probada en la actuación administrativa.

En este proceso, Comcel alegó que la no colaboración de Movistar que desembocó en la demora del proceso de reparcelación del espectro le causó unos perjuicios que superaban los 150.000'000.000,00 COP, los cuales consistían en el lucro cesante de Comcel por el abandono de sus clientes, basado en modelos estadísticos que miden la tasa de decepción (*churn rate*)<sup>15</sup>.

En este proceso, la aplicación del modelo puede conducir a una respuesta diferente en la medida en que tanto la probabilidad de éxito como los perjuicios de las partes

14 Este auto, aun cuando fue revocado por el Tribunal Superior de Bogotá, consideramos que sirve de ejemplo para la aplicación del modelo.

15 "El *churn rate* o tasa de cancelación de clientes es una métrica que mide el número de clientes y suscriptores que han dejado de seguir a una compañía (o han comenzado a seguirla) en un largo período de tiempo" (IEBS, 2015).

son asimétricos. Como advertimos, el incumplimiento de una orden de una autoridad administrativa está demostrado en dicha actuación y la misma Movistar lo ha reconocido. Con esto, la apariencia de buen derecho que tiene Comcel de que Movistar desatendió la orden administrativa y luego violó la regulación es significativa. Nosotros consideramos que acá el juez de competencia desleal tiene elementos objetivos claros para inclinar la balanza de probabilidades en el sentido en que los elementos probatorios de la actuación administrativa indicaban anticipadamente el incumplimiento de Movistar.

Así también, acá los perjuicios que el decreto o no de la medida puede causar a las partes respectivamente no es el mismo. Como advertimos, el demandante estima los perjuicios por el no decreto de la medida en más de 150.000 millones COP. En cambio, los perjuicios que se causarían a Movistar con el decreto de la medida serían equivalentes a los costos de realizar las pruebas técnicas ordenadas por el Ministerio, los cuales en el mismo expediente se encuentran estimados en alrededor de 20'000.000,00 COP por operador.

Con esto, como la probabilidad de éxito no es simétrica, el juez debe inclinar la balanza a favor del solicitante. No podrá inclinarla hasta un 100% porque no tiene certeza definitiva de Movistar, lo cual, se insiste es inmanente a las medidas cautelares.

Si el juez inclinase la balanza solo en un 60% a favor del solicitante, su valor esperado con la medida sería . Ahora, la esperanza del solicitado sería . Resulta evidente que el juez deberá decretar la medida, ya que en términos de esperanza matemática disminuiría su eventual error de tomar una decisión equivocada.

Con estos valores, llegamos a la conclusión de que lo más importante para el juez a la hora de decretar las medidas es contar con los elementos para estimar los eventuales perjuicios que puede causar el decreto o no de la medida. Por ejemplo, en este caso, matemáticamente no resulta tan importante la inclinación de la balanza de probabilidades, ya que la diferencia de perjuicios es tan grande que la mera existencia de una probabilidad de éxito en cabeza del solicitante justificaría el decreto de la medida.

Con los casos vistos, cuando los perjuicios son simétricos y la balanza es pareja, el modelo no ayuda a minimizar el error del juez. En cambio, cuando hay probabilidades dispares o la magnitud de los perjuicios de las partes son diferentes, es evidente que el modelo hace una ponderación que al menos le da luces al juez para reducir la posibilidad de que tome una decisión errónea.

Como se pudo observar, algunos casos de competencia desleal, de mercado, pueden ser modelados como juegos de suma cero<sup>16</sup>, donde lo que un competidor gana, el otro

16 En la teoría de juegos, las situaciones no cooperativas involucran a dos o más agentes racionales que desarrollan sus estrategias de manera individual y cada combinación de dichas estrategias para ambos jugadores da como resultados los eventuales pagos o recompensas que recibirían. Independientemente de la combinación de estrategias que resulte en la solución del juego, la suma de las recompensas de ambos jugadores siempre será cero porque la ganancia (positiva) de uno de ellos es equivalente a la pérdida (negativa) del otro. Existen en la naturaleza muchas situaciones no cooperativas en las que la ganancia de un agente es igual a la pérdida de con quién se interactúa (BINMORE, 2007, p. 10).

lo pierde. Por ello, la cuantificación de los perjuicios casi siempre va a ser la misma para ambas partes. Así, lo que afectaría los valores esperados sería la diferencia en las probabilidades de éxito, cosa que vemos que no es tan fácil de determinar, ni mucho menos en el momento en el cual los jueces tienen que decidir sobre las medidas cautelares. Pero hay otros en los cuales los perjuicios no son simétricos, no siempre lo que gana el uno lo pierde el otro, como vimos arriba.

Pues bien, el Derecho no es una ciencia exacta como para dar respuestas en términos tan concretos como cuando se pregunta la suma de dos números determinados. No parece tener solución la incertidumbre a la que se enfrenta el juez cuando tiene que decidir una medida cautelar. Aun con la aplicación del modelo de minimización de error, la tarea sigue siendo difícil a la hora de determinar la apariencia de buen derecho del solicitante de la medida. Quizá razones tendrán quienes critican a Posner al afirmar que esas probabilidades no se pueden cuantificar, pero, en nuestra opinión, hay casos en los cuales el juez sí cuenta con elementos objetivos para calcular dichas probabilidades, y eso evidentemente le ayudaría a tomar una decisión menos equivocada.

De hecho, el modelo de minimización de error que plantea Posner se ajusta perfectamente a los límites de razonabilidad y necesidad que impone el Artículo 590 del Código General, en la medida que lleva a que únicamente se decreten medidas que sean necesarias para evitar generar un perjuicio mayor al que generaría el no decreto de la misma. Y, además, resulta evidente la razonabilidad que le impregna al estudio del juez la aplicación de una ponderación de valor esperado que atiende exclusivamente a que el juez, en razón y en Derecho, tome la mejor decisión.

Lo cierto es que, contrario a como sí se hace en la justicia norteamericana, el juez colombiano solo se enfoca en los eventuales perjuicios que el no decreto que la medida puede causar (posibilidad de daño como requisito legal), y no le presta mucha atención a los posibles daños que ocasionaría una medida injusta. De ahí que las cauciones queden mal valoradas y resulten ineficientes.

Por ello, creemos que el modelo de Posner le ayuda al juez a tener en cuenta todo el panorama, a incluir en la ponderación los perjuicios que se pueden causar al demandado, que no es más que uno de los varios criterios objetivos que debe tener en cuenta para decretar o no la medida.

No obstante lo dicho hasta ahora, consideramos que las herramientas que nos brinda el Análisis Económico del Derecho son muy útiles a la hora de enfrentarse a problemas como los que vimos en este documento. No será la panacea el modelo que plantea el revolucionario juez, pero sí que le ayuda al juez a hacerse a la idea de que lo que tiene que hacer a la hora de decidir si accede o no a una solicitud de medidas cautelares es tratar de minimizar el error que podría cometer si decreta una medida injusta o si no decreta una medida justa. Todo esto, sabiendo que la incertidumbre estará, porque la certeza definitiva del Derecho solo la tendrá en el momento de dictar sentencia.

## 6. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Las medidas cautelares son protecciones provisionales que se aplican a los procesos de competencia desleal. Su decreto está supeditado a la legitimación y a la acreditación sumaria de los actos desleales que se alegan. Para ello, debe existir apariencia de buen derecho y la posibilidad de que las conductas causen daño a quien solicita las medidas.

El Derecho comparado maneja diversos criterios para el decreto de las medidas, todos con un poco más de exigencia, buscando reducir la incertidumbre legal que puede rodear a las medidas cautelares generalmente. Incluso algunos revolucionarios jueces han planteado modelos matemáticos como herramientas del Análisis Económico del Derecho, que buscan minimizar el error en el que puede caer el juez al decretar una medida injusta.

De acuerdo con los requisitos que mencionamos, el decreto de medidas cautelares en los procesos de competencia desleal por violación de normas exige que se acredite la realización en el mercado de una ventaja competitiva obtenida mediante una infracción normativa.

Sin embargo, consideramos que las medidas cautelares de los procesos del Artículo 18 tienen un problema en la medida en que la incertidumbre que rodea el decreto de la medida puede ser mayor en estos casos, ya que el juez no valora correctamente la apariencia de buen derecho del solicitante pues admite que una simple diferencia de interpretación sea tenida como violación normativa. Esto lleva a que sea probable que el demandado termine teniendo la interpretación correcta y resulte ganando el proceso. Tampoco valora los posibles daños que se le pueden causar al demandado, aun cuando tiene herramientas legales para hacerlo.

Al tratar de aplicar el modelo de minimización de error que plantea el juez Posner nos dimos cuenta de que, si bien puede ayudar al juez de competencia desleal, el problema persiste en la medida que sigue siendo sumamente complicada la cuantificación de las probabilidades de éxito que tendrían las partes, que no es otra cosa que la apariencia de buen derecho que se necesita legalmente para acceder a una solicitud cautelar. Esta puede ser equilibrada o el juez puede tener elementos para inclinarla a favor de una parte. Sin embargo, el problema de la cuantificación persiste.

No obstante, consideramos que el modelo sigue siendo una herramienta útil en la medida que le enseña al juez que lo que tiene que hacer con precisión es medir los eventuales perjuicios que la medida puede causar y procurar por minimizar su error entendiendo que, para el caso particular del Artículo 18 de la Ley 256 de 1996, no cualquier diferencia de interpretación de la norma es competencia desleal. Además, si se tiene en cuenta que el modelo planteado materializa los límites de necesidad y razonabilidad con los que cuenta el juez de acuerdo con lo previsto en nuestra legislación procesal.

## 7. FUENTES

## 7.1. Bibliografía

- BARONA, S. (2008). *Competencia desleal*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- BINMORE, K. (2007). *Game Theory. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- BROOKS, R. y SCHWARTZ, W. (2005). Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine. *Stanford Law Review*, 58, 381-409.
- CALAMANDREI, P. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Gráfica Argentina.
- CARNELUTTI, F. (1971). *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- DE LA CRUZ, D. M. (2008). De los legitimados para presentar acciones por competencia desleal, los tipos de acciones, su prescripción y medidas cautelares. *Con-texto, Revista de Derecho y Economía* (25), 151.
- DE LA CRUZ, D. M. (2014). *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- EMPARANZA, A. (2009). Violación de normas. En F. MARTÍNEZ (fir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Editorial Tecnos.
- FASSI, S. (1971). *Código Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- LEIBLE, S. (1999). *Proceso Civil Alemán*. Bogotá D.C.: Dike.
- LEUBSDORF, J. (1978). The Standard for Preliminary Injunctions. *Harvard Law Review*, 91 (3), 525-566.
- LÓPEZ BLANCO, H. F. (2007). *Procedimiento Civil, Parte General, Tomo I, 9na ed.* Bogotá D.C.: Dupré Editores.
- NARANJO M., C. A. (2013). *Lecciones de Matemáticas para Abogados 2.0*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- PARRA QUIJANO, J. (2014). Medidas Cautelares Innominadas. En I. C. PROCESAL, *Código general del proceso: Ley 1564 de 2012 (Julio 12). Con Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad. Comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP* (pp. 301-318). Bogotá D.C.
- POSNER, R. A. (2007). *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- ROEMER, A. (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- SANDOVAL, J. F. (2016). Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y en acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, ¿un camino hace el prejuzgamiento? *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (43), 153-176.
- SILBERMAN, L. J. (1987). Injunctions by the Numbers: Less Than the Sum of Its Parts. *Chicago-Kent Law Review*, 63(2), 279-280.
- TARUFFO, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.
- TRUJILLO LONDOÑO, F. J. (2014). Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso colombiano. *Criterio Jurídico Garantista* (11), 176-185.
- Winters v. National Resources Defense Council, Inc., 555 U.S. 7, 20 (SCOTUS 2008).

## 7.2. Cibergrafía

Centro Judicial Federal (2007). *El sistema legal de los EE.UU. Una descripción breve*. Recuperado el 01 de octubre de 2017, de Centro Judicial Federal: [https://www.fjc.gov/sites/default/files/2014/US\\_Legal\\_Sys\\_Spanish\\_2007\\_Jul.pdf](https://www.fjc.gov/sites/default/files/2014/US_Legal_Sys_Spanish_2007_Jul.pdf)

IEBS (06 de marzo de 2015). *Marketing Digital*. Recuperado el 10 de octubre de 2017, de Qué es el Churn Rate y cómo se calcula: <http://www.iebschool.com/blog/que-es-churn-rate-marketing-digital/>

## 7.3. Normatividad

Ley 256 de 1996.

Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

## 7.4. Jurisprudencia

Frisch's Restaurant Inc. v. Shoney's Inc., 759 F.2d 1261,1263 (6th Cir. 1985).

Schulz v. Frisby, 807 F.2d. 1339,1342 (7th Cir. 1986).

Omega Satellite Prod. Co. v. City of Indianapolis, 694 F.2d 119 (7th Cir. 1982).

American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products, Ltd., 780 F.2d 589 (7th Cir. 1986).

Superintendencia de Industria y Comercio (2014-2015). Autos 26683, 29083, 10723 y 20851.

Superintendencia de Industria y Comercio (2003). Sentencia del expediente 03-073644 de Orbitel S.A.. E.S.P. vs. Telemando S.A. Bogotá D.C.

EEOC v. City of Janesville, 630 F.2d 1254,1259 (7th Cir. 1980).