

La Competencia Desleal por Violación de Normas Jurídicas

Quinta jornada de derecho de la competencia en el Sector Financiero

GARRIGUES

José Miguel De la Calle R.

Marzo 16 de 2016

ASPECTOS GENERALES SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL

LEY 256 DE 1996

ARTÍCULO 2° . ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN. *Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.*

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

ARTÍCULO 3° . ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. *Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.*

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

ELEMENTO DE LA CONCURRENCIA VS. FINES CONCURRENCIALES

- **Elemento de concurrencia:** Elemento esencial de la competencia desleal que debe estar presente en el demandante (y el demandado).
- **Fines concurrenciales:** Se refiere al la característica especial del acto o comportamiento de aquel que supuestamente incurre en conducta desleal (demandado).

COMPETENCIA DESLEAL POR VIOLACION DE NORMA

LEY 256 DE 1996

*“ARTÍCULO 18. 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.”*

Se desprenden 3 elementos:

- 1) La infracción a una norma jurídica.
- 2) La efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva.
- 3) Que esa ventaja sea significativa.

CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA JURÍDICA

1. La norma debe ser obligatoria

Mandato de carácter obligatorio, proferido por una autoridad pública.

¿Obligatoria para quién?

- a) Toda la sociedad
- b) Todos los operadores económicos que participan en el mercado relevante
- c) Las partes del proceso
- d) El demandado (*)

(*) ¿Qué ocurre cuando una norma regulatoria está destinada sólo para un segmento del mercado (por ser entrantes, incumbentes, o por la región, o por el tamaño (capital, ingresos, activo, utilidades, etc.), o por la participación del mercado)? En tal caso, puede ser que la norma sea obligatoria para el demandado y no para el demandante...

Características de la Norma Jurídica...

2. La norma debe ser diferente a las contempladas en la ley 256 de 1996

Ver Sentencia SIC 1161 de 2011.

3. La ventaja competitiva obtenida debe ser significativa

- El efecto generado por la infracción sea tal que origine un cambio en la esfera decisoria del consumidor.
- Es notable la influencia que ejerce el infractor sobre la alternativa de mercado, de tal forma que alcanza un ahorro en los costos que necesariamente se representa en la mejor oferta que formula al mercado (*Sentencia SIC 019 del 17 de diciembre de 2009.*)

4. Otras características: Debe haber una relación causa-efecto; un nexo de causalidad entre la infracción a la norma y la ventaja competitiva significativa obtenida (De la Cruz, 2014).

PREGUNTAS RELEVANTES

1. ¿Cuál es el tipo o nivel de la norma jurídica que puede servir de fundamento para una acción de competencia desleal?

- o ¿Sólo las contenidas en la ley o cualquier norma jurídica sin distingo del nivel jerárquico? Decreto, Resolución, otros actos administrativos.
- o ¿Sólo del nivel nacional o puede ser una norma de rango departamental, regional o municipal?

Preguntas relevantes...

2. ¿ Debe la norma en cuestión tener por objeto la regulación de la concurrencia en el mercado o, basta que tenga efectos en la situación de concurrencia de los agentes involucrados en la controversia?

- La SIC ha reiterado que se requiere que la norma como tal tenga un objeto relacionado con la concurrencia. Ejemplos:
 - Normas del Código Contencioso Administrativo no son susceptibles de ésta modalidad. Sentencia 14 de 2011.
 - Las normas que regulan el registro de las marca, tampoco cumple con esa característica. SIC, sentencia 2 de 2011.
 - Tampoco, el incumplimiento de los trámites administrativos de importación. Sentencia 11 2011.
 - Tampoco, normas relacionadas con comportamiento de los administradores de la empresa. Sentencia 3128 de 2012.
 - Vender sin el requisito de habilitación no es desleal, porque no fue el factor que causó el poder vender a menor precio. Sentencia 18/2011 SIC.

Preguntas relevantes...

3. ¿Si otra autoridad es competente para declara la información de la norma respectiva, debe el juez (SIC o Juez Civil del Circuito) sujetarse a lo que se dictamine en el proceso respectivo (pre-judicialidad)?

NO: La norma no lo exige.

- La pre-judicialidad haría prácticamente inocua la figura de competencia desleal puesto que, tratándose de temas regulatorios con significancia económica, normalmente la norma en cuestión va a tener un órgano estatal que supervisa su cumplimiento diferente a la SIC.
- Es diferente la naturaleza y el efecto de la función judicial al de la función administrativa sancionadora.
- La sola violación de la norma no implica *per se* competencia desleal; es sólo uno de los elementos.

SI: La postura en favor de la pre-judicialidad hace énfasis en la especialidad de las autoridades competentes, el mejor conocimiento y experiencia que dicha autoridad tiene, la necesidad de preservar la seguridad jurídica.

Preguntas relevantes...

4. Qué efectos tiene el hecho de que la norma especial exija, además, que la realización en el mercado sea “efectiva” y que señale que la ventaja competitiva se dé “frente a los competidores”?

Ninguna

- La esencia está en la realización en el mercado.
- Se debe entender a “los competidores” en el sentido genérico de concurrencia.

Eleva el estándar

- La norma es posterior y especial
- No todos los agentes que concurren al mercado son competidores.
- No cabría la acción preventiva.

Preguntas relevantes...

5. ¿Para que prospere la acción de CD se requiere que el competidor demandante acredite que él sí está dando cumplimiento a la norma en cuestión?

- **SI:** El fundamento de la figura es el trato igualitario. Además, desaparecería la connotación de “ventaja” competitiva.
- **NO:** No existe la excepción de norma no cumplida. El demandante no puede equipararse al demandado.
- ¿Cabe preguntarse, además, si el incumplimiento generalizado de la norma en cuestión por parte de otros competidores elimina la connotación de competencia desleal del respectivo acto?
- **R/** Podría considerarse que así es, si se demuestra que se ha desaparecido la ventaja competitiva.

Preguntas relevantes...

6. ¿Puede tratarse de una norma que regula un procedimiento contractual (pliego de condiciones)?

- o En Sentencia 22 de 2010 se dijo por la SIC que la violación de un contrato no es violación de norma.
- o En Auto 13110 de 2014, la SIC sostuvo que ese tipo de normas no puede servir de base para una demanda de CD.

MEDIDAS CAUTELARES

Corte Constitucional. Sentencia C-739 de 2004

- Apariencia de buen derecho -*fumus boni iuris*-: Esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia.
- Peligro en la demora -*periculum in mora*-: Esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso.
- Prestación de garantías o contra-cautelas: Su prestación está destinada a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas.

TENDENCIA DOCTRINAL DE LA SIC

- En los últimos años, la SIC ha endurecido su postura a la hora de conceder medidas cautelares por competencia desleal por violación de normas. Causas:
 - Se tiende a equiparar el monto de perjuicios de la víctima de competencia desleal con la significatividad.
 - Se tiende a exigir una prueba de la violación de norma tan elaborada como se haría en la sentencia.

TENDENCIA/ CASOS

- **Comcel Vs. Telefónica (Auto SIC 1942 de 2012).** Portabilidad Numérica. Concede con base en prueba sumaria.
- **Telefónica Vs. Claro (Auto SIC 33843 de 2013).** Concede la suspensión de la ejecución de contrato celebrado entre Claro y Opain. Prueba: El contrato.
- **Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs Comcel S.A. (2013).** La significatividad nada tiene que ver con la cuantía de la pretensión.
- **Caso de competencia desleal asociado con limitación a libertad de elección de consumidor financiero (2015).** Mercado de financiación de pólizas de seguros. Se desestima, entre otras razones, por falta de prueba sobre la efectiva recepción de unas comunicaciones, aunque está la prueba del envío.
- **Caso de competencia desleal asociada con infracción de normas aduaneras (2015).** El debate se centra en la supuesta utilización de una partida arancelaria más ventajosa. No concede, a pesar de haberse puesto como prueba las declaraciones de importación.

GARRIGUES

www.garrigues.com