



LA IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO COMO MECANISMO PARA RESTABLECER LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA AL PRESENTARSE ACTOS CONSTITUTIVOS DE COMPETENCIA DESLEAL, REFLEJADO EN EL CASO DANONE VS ALPINA

CATALINA CASTILLO TRIVIÑO*
ANDREA REMOLINA MURILLO*

*Fecha de recepción: 15 de Febrero de 2016
Fecha de aceptación: 19 de Abril de 2016*

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo mostrar la importancia que posee la intervención estatal para lograr el restablecimiento y efectividad de la libre competencia económica cuando se presentan actos que configuran competencia desleal, se tomara como ilustración de esto el Caso Danone vs Alpina (expediente No. 09054397 SIC). Lo anterior se desarrolla en el siguiente orden: I) Se exponen brevemente los actos constitutivos de competencia desleal relevantes para el caso en estudio. II) Se plantea el deber impuesto por la Constitución y los tratados internacionales al Estado de impedir que se restrinja la libertad económica. III) Se hace una consideración acerca de la importancia que tiene para el bienestar social la puesta en práctica de la libre competencia económica y por ello la relevancia que posee la intervención estatal para impedir los actos de competencia desleal. IV) Se esboza el caso en estudio, se describe cómo se realizó la intervención por parte de la Superintendencia de Industria y comercio para restablecer

* Pontificia Universidad Javeriana

el buen funcionamiento del mercado y su motivación, resaltando la importancia que tiene dicha intervención. V) Se da una breve conclusión.

Palabras clave: Actos de imitación, actos de confusión, explotación de reputación ajena, intervención, competencia desleal, libre competencia.

CASE: DANONE VERSUS ALPINA

THE IMPORTANCE OF GOVERNMENT INTERVENTION AS A MECHANISM TO RESTORE THE FREE MARKET ECONOMY WHEN ACTS OF UNFAIR COMPETITION TAKE PLACE

ABSTRACT

This article aims to show the importance of the Government intervention as a method of restoration and effectiveness of the free economic competition on those events when unfair competition acts take place, by taking for example the DANONE versus ALPINA (SIC Case file No. 09054397). To achieve the above, I) it will be necessary to briefly describe the different unfair competition acts relevant to the study case; II) determinate the importance and related obligations imposed on the Colombian Constitution and international treaties that prevents the economic freedom restrictions. III) This article stands the practice of free economic competition to get a social welfare together with the importance of government interference. IV) It would be necessary to outlines the study case to describe how the intervention was conducted by the mentioned Superintendent, in order to restore the proper functioning of the market and highlight the importance of such intervention. V) There is a brief conclusion.

Key words: imitation acts, confusion acts, intervention, unfair competition, free economic competition

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 estableció distintas libertades económicas con el fin de configurar en Colombia un mercado que funcionara de manera eficiente, entre estas garantías se consagró en el artículo 333 el derecho a la libre competencia económica. Por esta se entiende “la posibilidad efectiva que tienen

los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela” (Miranda,1997,p.2), contiene dos prerrogativas “la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela y (...) la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan” (Miranda,1997,p.2).

Es importante resaltar que la libre competencia es un mecanismo que puede mejorar la calidad de vida de las personas puesto que mediante ella “se fortalece la eficiencia del aparato productivo nacional, al imponer presión sobre las empresas que deben proveer productos de mejor calidad y variedad a precios más bajos, y además se garantiza que los consumidores tengan libertad de acceso y elección de la oferta de bienes y servicios” (SIC).

No obstante, la libre competencia puede llegar a ser restringida por los monopolios estatales, la propiedad intelectual e industrial, el abuso de la posición dominante, las prácticas restrictivas de la competencia y los actos de competencia desleal. Los dos primeros factores mencionados son admitidos por el ordenamiento jurídico, mientras que los demás son objeto de censura por parte del Estado. Por esta razón hay que concluir que los actos de competencia desleal son hechos reprochables que restringen una libertad establecida constitucionalmente y por ende deben ser sancionados.

Lo mencionado anteriormente lleva a colegir que las normas jurídicas, para lograr los objetivos de la libre competencia, deben asegurar que la actividad empresarial no se vea obstaculizada por actos constitutivos de competencia desleal, es allí donde se hace necesaria la intervención por parte del Estado a través de la SIC y los jueces civiles del circuito que deben corregir y sancionar estas conductas y restablecer el buen funcionamiento del mercado.

El presente trabajo tiene como objetivo mostrar la importancia de la intervención del Estado cuando se presentan prácticas de competencia desleal para que se dé el restablecimiento de la libre competencia económica y con ello el buen funcionamiento del mercado que en últimas contribuirá a mejorar el nivel de vida de las personas, todo ello reflejado en un caso concreto.

ACTOS CONSTITUTIVOS DE COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal es una figura de difícil definición, esto se debe a que la expresión “desleal” no es un concepto jurídico sino ético que se va modificando conforme lo hace la sociedad, es así como una conducta puede o no catalogarse

como desleal dependiendo de los cambios que se generen en el mercado. No obstante, la Ley 256 de 1996 (en adelante LCD) en su artículo 7° considera que constituye competencia desleal: “Todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Los actos de competencia desleal pueden ser clasificados de diferentes maneras según su manifestación y finalidad¹, sin embargo el presente artículo sólo se referirá a *actos de confusión, explotación de reputación ajena y actos de imitación*.

Actos de confusión:

Los actos de confusión son definidos en la LCD en su artículo 10 como “toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos”²

Una empresa realiza un acto de confusión cuando por medio de su conducta pretende que los consumidores asocien un producto con su empresa, sin embargo en realidad el producto en cuestión proviene de otra empresa. Usualmente, la finalidad que persiguen los que realizan este tipo de conductas es atraer a los consumidores que obtienen los productos o servicios de empresas de la competencia y así aumentar su porcentaje de participación en el mercado.

Los actos de confusión violan el derecho de diferenciación, como consecuencia de ello se afectan los intereses de los competidores al no poder diferenciarse dentro del mercado y de los consumidores ya que no pueden elegir libremente los productos dado que no están seguros su origen.

1 La LCD no consagra de manera taxativa los actos constitutivos de competencia desleal, no obstante expresamente cataloga la desviación de la clientela; los actos de desorganización de la empresa, de las prestaciones mercantiles o del establecimiento de comercio; la violación de secretos; los actos de imitación; los actos de confusión; la explotación de reputación ajena; los actos de comparación; los actos de descrédito; los pactos desleales de exclusividad como comportamientos desleales.

2 También se encuentra contemplado en el convenio de París aprobado por la ley 178 de 1994, en el artículo 10 bis Numeral 3, i “cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor”

Explotación de reputación ajena:

Para explicar el acto de explotación de reputación ajena, es necesario precisar la definición de reputación. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española plantea que es “el prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo”. Por su parte, la ciencia contable le ha asignado el nombre de “*good will*” anglicismo que se refiere al buen nombre y al prestigio que adquiere una empresa específica frente a sus clientes gracias a los servicios o bienes que ofrece en el mercado. Es un prestigio positivo y por lo mismo le permite obtener ventaja frente a la competencia.

Se incurre en actos de explotación de reputación ajena cuando una empresa toma los resultados del trabajo o los signos distintivos o denominaciones de otra empresa con un mejor posicionamiento en el mercado sin autorización y comienza a utilizarlos para su propia actividad y lucro.³ Para que se pueda declarar este acto desleal es preciso que exista proporcionalidad entre los perjuicios que sufre el titular de las prestaciones imitadas y el beneficio del competidor desleal.⁴

Este acto desincentiva la innovación necesaria en el mercado, por lo cual la LCD en su artículo 15 lo prohíbe de la subsiguiente forma: “Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. (...) se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como “modelo”, “sistema”, “tipo”, “clase”, “género”, “manera”, “imitación”, y “similares””

Actos de imitación

Etimológicamente la Real Academia de la Lengua Española define la imitación como “ejecutar algo a ejemplo o semejanza de otra cosa”, dentro del marco de la competencia en el mercado se puede entender como “un acto que (...) busca reproducir, asemejarse, o parecerse a las prestaciones e iniciativas que tienen otros competidores del mercado” (Abad,2012,p.20).

3 Para poder afirmar que se trata de un acto de explotación de la reputación ajena es necesario que existan dos requisitos: Certeza del derecho de la empresa propietaria del signo distintivo o denominación y adicionalmente que la empresa que incurre en el acto desleal realmente esté utilizando sin autorización los mismos. Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 8325 de marzo 25 de 2003, caso *Levi Strauss & Co vs CP Company*

4 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 8325 de marzo 25 de 2003

Según señala Portellano en su libro "La imitación en el derecho de la competencia desleal", los actos de imitación se pueden clasificar a partir de 3 criterios:

1. Según su intensidad:

- Cuantitativa: Se refiere a la frecuencia con la cual se realiza la imitación.
- Cualitativa: Alude al grado de cercanía que existe entre la imitación y lo imitado. Según lo anterior, los grados varían entre la imitación que se realiza por inspiración es decir en la cual el imitador únicamente toma como modelo la prestación ajena y crea un nuevo prototipo diferente al original y la imitación servil o milimétrica donde el imitador reproduce de manera exacta la creación ajena. En el medio de estos extremos, se encuentra la imitación cuasiservil, en la que "se introducen variaciones inapreciables respecto al modelo inicial" (Domínguez,2003,p.40) y la imitación en la que se cambian algunos elementos esenciales del prototipo imitado al agregar características relevantes creadas por el imitador.

2. Según el objeto o aspecto de imitación:

- Creaciones Materiales: La imitación pretende copiar los conocimientos técnicos o estéticos que se utilizan en una determinada prestación.
- Creaciones Formales: La imitación tiene como objetivo copiar los signos distintivos y marcas que una determinada prestación utiliza para distinguirse de las demás ofertas dentro del mercado.⁵

3. Según el método de imitación:

- Imitación convencional o clásica: El imitador puede optar por imitar igual o cambiarle algunos aspectos a la prestación.
- Imitación por reproducción: El imitador copia exactamente igual el modelo.
- Imitación conceptual: El imitador únicamente se limita a traducir la denominación del producto.

5 La prohibición de imitación de creaciones materiales genera dificultades para el sistema competitivo, en cambio la prohibición de creaciones formales no, dado que hay infinitos signos distintivos para lograr el objetivo trazado por el competidor.

- Imitación por contraste: El imitador utiliza la contradicción del modelo que imita.
- Imitación por complementariedad: El imitador toma un elemento del prototipo imitado.

1. Principio de la libertad de imitación:

Los actos de imitación se encuentran regulados en el artículo 14 de la LCD. En dicho artículo, se consagra la libertad de imitación de la siguiente manera: “la imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley”. En este sentido, el principio autoriza para imitar dentro del mercado todo producto, servicio e iniciativa empresarial, pues estos se encuentran a disposición del dominio público. Esta permisividad se justifica porque da libertad a la actuación de los competidores, incentiva a la competencia, y por ende “las empresas buscarán lograr una ventaja sobre las otras ya sea mediante la mejora de sus productos, reducción de costos, aumento de la producción, baja de precios, aumento de ventas, etc.” (Abad,2012,p.22). Con lo anterior, se fomenta el interés público, los consumidores se ven beneficiados y los empresarios crean prestigio. Sin embargo, existe una limitación al precepto, la prohibición de la imitación de prestaciones amparadas por un derecho exclusivo, otorgado a creaciones empresariales en las que concurren determinados requisitos señalados por el derecho de propiedad industrial. De esta manera, se equilibra y pondera el principio de imitabilidad con la protección temporal que poseen los derechos de propiedad industrial.

2. Excepciones al principio de libre imitación:

El principio de la libre imitación no supone que los empresarios puedan copiar las prestaciones que existen en el mercado sin ninguna limitación, puesto que el interés de los empresarios, de los consumidores y el general imponen que esto tenga excepciones⁶.

De lo anterior se deriva que debe considerarse desleal la imitación en diferentes modalidades⁷:

- La imitación confusionista: El artículo 14 de la LCD hace referencia a la imitación confusionista de la siguiente manera: “la imitación exacta y

6 Si la imitación es libre y es inevitable que resulte en todo semejante el producto nuevo no existe deslealtad. La cuestión está entonces en saber el grado de evitabilidad de la semejanza o identidad” (Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992).

7 A pesar de que la LCD distingue en varias tipologías los actos de competencia desleal, estos llegan a presentarse conjuntamente en la imitación.

minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación”.

La presente modalidad de imitación se genera cuando un competidor imita una o varias prestaciones de otro, con tal grado de similitud respecto a sus cualidades y características, que confunde al consumidor acerca del origen de las prestaciones, productos o servicios. La confusión puede darse directa o indirectamente. En el primer caso el consumidor asume que las prestaciones proceden del mismo empresario, es decir, les atribuye idéntico origen empresarial siendo en realidad distinto. En el último supuesto, si bien el consumidor tiene claro que las prestaciones provienen de diferentes empresarios, tiene la falsa creencia de que entre ellos existe alguna relación jurídica o económica. Para que se constituya esta modalidad de imitación según Rivera Restrepo, se requiere que exista una conducta por parte del agente⁸ que tenga la aptitud o resulte idónea para crear confusión, a pesar de que concurren estos elementos, es importante destacar que en el caso en que sea inevitable el riesgo de confusión se excluye la deslealtad, así lo plantea la LCD “la inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión (...) excluye la deslealtad de la práctica”.

- La imitación desleal por aprovechamiento de la reputación ajena: Asimismo, en su artículo 14 la LCD regula esta figura de la siguiente manera: “la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando (...) comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena”. Este tipo de conducta desleal, se produce cuando un empresario se aprovecha de la reputación que goza un determinado competidor al fabricar copias de productos que tienen singularidad competitiva y que por diversas razones se venden a precios altos. Respecto a este caso también aplica la afirmación realizada frente a la imitación confusionista, pues se excluye la deslealtad en caso de que el aprovechamiento de la reputación ajena no sea evitable.
- La imitación sistemática: También se consagra en el artículo 14 de la LCD esta modalidad como acto de competencia desleal de la siguiente forma: “se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado”.

8 Puede consistir en una acción o en una omisión.

“La imitación sistemática de las iniciativas empresariales ajenas es una modalidad clásica de competencia obstruccionista. A través de la imitación no se pretende crear confusión en el mercado o aprovecharse de la reputación ajena, sino más bien impedir la afirmación de un competidor en ese mercado”. (Guías jurídicas,p.1).

Se pueden distinguir dos formas de obstaculización:

- Obstaculización leal: La actuación del imitador se encaja como respuesta natural del mercado.
- Obstaculización desleal: La imitación es metódica o sistemática⁹, con ella se pretende impedir u obstaculizar el desarrollo del competidor imitado en el mercado y no se puede clasificar como respuesta natural del mercado. Se determina su existencia a partir de dos criterios:
 1. Poder de mercado: El imitador es una empresa con mayor posición en el mercado que la empresa imitada.
 2. Intensidad de la imitación: Se evalúa:
 - El conjunto de prestaciones imitadas, dado que entre sea mayor la proporción de éstas, mayor será el efecto de obstaculización para el competidor.
 - El tiempo entre el momento en que el pionero se introduce en el mercado y el imitador introduce la imitación en el mercado. Entre menor sea el tiempo mayor será el efecto del impedimento de que el competidor se afirme en el mercado.

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS CASOS DE COMPETENCIA DESLEAL COMO MANDATO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Al Estado le corresponde intervenir en el mercado cuando se presentan actos que resultan nocivos para la libre competencia económica puesto que la Constitución Política, la ley y los tratados internacionales ratificados por Colombia le imponen esta obligación.

9 “Una imitación sistemática supone (...) la copia de toda una serie de marcas, de tipos de productos, métodos publicitarios y de venta, formas de embalajes, etc.” (Guías jurídicas, p.1).

Es así como la Constitución en su artículo 333 plantea “el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

Adicionalmente, el Convenio de París, incluido en el ordenamiento jurídico interno colombiano mediante la ley 178 de 1994, reitera en el artículo 10 bis que “los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal”.

Para cumplir con el deber impuesto es necesario que el Estado establezca una serie de normas que deben seguir quienes participan en el mercado, así mismo tiene que velar por su cumplimiento y sancionar a los agentes económicos que las incumplan. Existen dos funciones adicionales que corresponden a la autoridad: “Primeramente, ella restaura los mecanismos propios del mercado, cuando estos no funcionan de manera adecuada, restableciendo así la competencia en caso de que haya sido entorpecida por un comportamiento anticompetitivo. Enseguida, la autoridad aporta un complemento a los mercados cuando los resultados producidos por estos últimos no se muestran enteramente satisfactorios” (Nihoul,2005,p.177 y 178).

3. La Ley 256 de 1996 (LCD)

La LCD es una norma jurídica que pretende evitar y sancionar todo acto de competencia desleal que se presente en el mercado colombiano en aras de proteger la libre competencia económica. A continuación se mencionarán aspectos importantes de la LCD

1. Bien jurídico tutelado: Como bien se expresa en el artículo primero de la ley, el bien jurídico que pretende proteger la LCD es la libre y leal competencia económica. La finalidad de esta norma es configurar un mercado en el cual la competencia se desarrolle con total transparencia, impidiendo que los agentes participantes utilicen mecanismos ilegítimos para falsearla. La LCD procura la protección de los intereses de los consumidores y de los competidores, adicionalmente defiende el interés público y social al garantizar el buen funcionamiento del mercado.
2. Ámbito objetivo de aplicación: Para que un acto pueda ser sancionado por competencia desleal debe tener tres características a saber:
 - Ser desleal, es decir encuadrarse dentro de la prohibición general que establece la LCD en su artículo 7 o dentro de las conductas que ella describe.

- Tener fines concurrenciales, es decir la conducta debe “proporcionar al sujeto que la comete la posibilidad de participar o intervenir en el mercado” (Jaeckel,p.17). La LCD en su artículo 2 presume que un comportamiento tiene fines concurrenciales cuando “se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.
 - Realizarse en el mercado.
3. **Ámbito subjetivo de aplicación:** Hace referencia a la calidad que ostentan las personas a las que se les puede aplicar las normas sobre competencia desleal, la ley no se dirige exclusivamente a los comerciantes, es aplicable a cualquier participante del mercado. Así mismo, no es necesario que el sujeto activo y el pasivo del acto de competencia desleal tengan una relación de competencia.
 4. **Ámbito territorial de aplicación:** La LCD para este efecto tiene en cuenta dónde se generan los resultados y no dónde se realiza el acto desleal. El acto para ser sancionado como competencia desleal debe tener sus efectos principales en el mercado colombiano.
 5. El catálogo de conductas que establece no es taxativo, esto se debe a que los actos que pueden considerarse como desleales cambian dependiendo de la evolución que tiene el mercado en cada momento. Por esta razón el legislador previniendo estos cambios consagró una prohibición general en su artículo 7 en donde se pueden encuadrar numerosas conductas que no se han instaurado de forma expresa.

2. AUTORIDADES ENCARGADAS DE EVITAR Y SANCIONAR LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL:

Existen dos jurisdicciones competentes para el conocimiento de los actos de competencia desleal, la jurisdicción civil y la jurisdicción administrativa.

Jurisdicción Administrativa: La entidad que encabeza la jurisdicción administrativa para efectos de solucionar conflictos sobre competencia desleal es la SIC, su misión es abogar por el cumplimiento de las normas de competencia establecidas en la LCD como bien lo señala el decreto 1253 de 1992 en su artículo 2º numeral 1.

En este escenario, la SIC cumple con sus funciones delegadas de supervisión, control y vigilancia del mercado a través de sus facultades de policía administrativa.

El proceso que se adelanta en la jurisdicción administrativa puede iniciar de oficio o a petición de parte, el primer caso se da cuando la SIC detecta actos desleales evidentes en el mercado y decide intervenir y el segundo caso se presenta cuando un tercero interesado interpone un derecho de petición ante la SIC.

Independientemente del origen del proceso, se inicia la debida investigación “cuando la autoridad considera que el comportamiento ilícito trascendió la órbita privada de daño patrimonial configurando un daño al bien público, es decir, al mercado, pudiendo ser castigado el autor del comportamiento desleal con una sanción pecuniaria por dañar la cosa pública” (Velandia,2011,p.408).

Todo el proceso se realiza conforme a las normas establecidas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Jurisdicción civil: Cabe resaltar que en esta jurisdicción existe competencia a prevención en primera instancia tanto de la SIC como de los jueces civiles del circuito, esto lo plantea el Código General del Proceso que le atribuye competencia a la SIC en su artículo 24, numeral 1°, literal b en caso de “violación a las normas relativas a la competencia desleal”, y así mismo otorga competencia a los jueces civiles del circuito en asuntos “De los de competencia desleal, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las autoridades administrativas” en su artículo 20, numeral 3°.

La SIC en este escenario no hace uso de sus facultades administrativas sino de sus funciones jurisdiccionales, en este sentido actúa como un juez.

El proceso que se surte en la jurisdicción civil se inicia mediante demanda y se rige por las normas del Código General del Proceso.

INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS CASOS DE COMPETENCIA DESLEAL CONTRIBUYE A LA EFECTIVIDAD DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA MECANISMO DE MAXIMIZACIÓN DEL BIENESTAR SOCIAL

El deber que se le impone al Estado de intervenir para impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, se materializa a la hora de evitar que se presenten casos de competencia desleal¹⁰ de la siguiente manera: en primer lugar a partir de la regulación realizada por parte del legislador cuando define pautas de comportamiento para los agentes del mercado, y en segundo lugar a través de la

10 Teniendo en cuenta que estos constituyen actos que afectan la libre competencia económica

SIC y los jueces civiles, cuando sancionan a las empresas que incurrir en este tipo de conductas.

Esta obligación a cargo del Estado es de extrema relevancia puesto que a partir de ella se hace posible el restablecimiento y puesta en práctica de la libre competencia económica, un derecho que funge de mecanismo para la consecución y maximización del bienestar social.

La libre competencia económica es un derecho que la Constitución Política de Colombia de 1991 establece en su artículo 333 y se configura como una de las libertades económicas que sirven de motor para el desarrollo de la sociedad. Esta mencionada libertad “consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones” (Sentencia C-197/12), donde rivalizan con sus competidores, para asegurar que sus bienes y servicios obtengan una participación en un mercado determinado. La garantía, como bien lo establece la Corte constitucional en numerosas sentencias, incluye el derecho que tienen los empresarios a concurrir en el mercado, ofrecer las ventajas comerciales que encuentren pertinentes y contratar con distintos consumidores. Asimismo los consumidores tienen la posibilidad de escoger y adquirir lo que les resulte más benéfico entre lo ofrecido por la pluralidad de oferentes¹¹.

A través de la puesta en práctica de esta libertad económica, se instituye el mercado competitivo, donde los mecanismos del mercado hacen que se emprenda una pelea entre los distintos agentes económicos que concurren en él con el fin de obtener la mayor utilidad posible, de esta manera si una empresa quiere obtener ventaja sobre otra debe ser más eficiente, proveer productos y servicios de mejor calidad, tener variedad de productos a precios más bajos, aumentar su nivel de producción, minimizar sus costos, etc.

Como lo menciona Patricia Pérez, de lo anterior se deriva que el desarrollo de un mercado competitivo trae consigo consecuencias muy positivas:

En primer lugar, los productores se esfuerzan para ofrecer productos y servicios que satisfagan las expectativas de los consumidores, puesto que de no hacerlo el consumidor preferirá el producto de otro competidor y no se generará entonces para la empresa beneficio e incluso tendrá peligro de desaparecer. De lo anterior se deriva que habrá una maximización de la utilidad del consumidor, puesto que este podrá elegir entre los diversos productos del mercado con

11 Sentencia C-197/12

miras a maximizar sus preferencias. Además esto contribuye al fomento de las libertades individuales, en tanto que el consumidor podrá elegir entre los bienes y servicios del mercado sin interferencia alguna, teniendo en cuenta que él es el que mejor conoce sus preferencias.

En segundo lugar, garantiza que los consumidores tengan libertad de acceso y elección de la oferta de bienes y servicios, precios y calidades. El mercado competitivo permite que los bienes y servicios que están presentes en el mercado se produzcan en las cantidades necesarias para cubrir la demanda, con un precio asequible y al menor costo.

En tercer lugar, permite la innovación debido a que los competidores para aumentar su cuota de participación en el mercado, crearan nuevos bienes y servicios o realizaran progresos científicos con miras a reducir sus costos de producción.

En cuarto lugar, hace posible suplir las nuevas necesidades que se presentan en la sociedad, puesto que las empresas con el objetivo de conquistar el mercado se encuentran al pendiente de las necesidades aun insatisfechas de los consumidores y propenderán por suplirlas con nuevas creaciones.

En quinto lugar, contribuye a la asignación eficiente de los recursos, puesto que es un espacio en donde se hace posible la negociación y gracias a ella los derechos pasarán de las personas que menos los valoran a las que más lo hacen.

Finalmente, produce un aumento de la productividad, del crecimiento y del desarrollo económico.

Todo lo anterior en síntesis hace que la libre competencia económica se convierta en un mecanismo económico que puede mejorar la calidad de vida de las personas y con ello maximizar el bienestar social.

Cabe resaltar que además de los resultados particulares que obtiene la intervención del Estado cuando impide o sanciona casos de competencia desleal, lo que finalmente pretende es un la consecución de un objetivo mayor, la salvaguarda de la libre competencia económica como mecanismo para alcanzar el bienestar social.

CASO DE ESTUDIO: DANONE VS ALPINA

1. HECHOS

Compaigne Gervais Danone (en adelante Danone) es una multinacional francesa reconocida mundialmente en el mercado agroalimentario. En su momento ambicionaba concurrir en el mercado de varios países latinoamericanos, entre ellos Colombia.

Por la razón anteriormente mencionada, Danone evaluó el mercado colombiano e identificó los posibles aliados que le permitirían tener allí una buena participación. Alpina Productos Alimenticios S.A (en adelante Alpina) se convirtió en una alternativa para Danone debido a que era una empresa líder en el mercado de productos lácteos al interior de Colombia y en Latinoamérica, junto a ella podría hacer efectivo su plan comercial.

Es así como hace aproximadamente 10 años Danone y Alpina mantuvieron reuniones con el fin de materializar una alianza estratégica, sin embargo, estos encuentros no llegaron a un feliz término, en efecto nunca se dio ningún tipo de convenio entre las dos empresas y adicionalmente a ello las reuniones entre ellas fueron utilizadas por Alpina como fuente de información sobre los productos y marcas desarrolladas por Danone. Alpina aprovechó dicha documentación para durante largo tiempo registrar un gran número de productos similares a los de Danone dentro del mercado colombiano.

Al percatarse de tal situación, Danone demandó a Alpina por incurrir en actos de competencia desleal al registrar marcas y expresiones similares e idénticas de sus productos dentro del mercado colombiano, además de copiar las formas mediante las cuales se realizó su respectiva publicidad.

2. ASUNCIÓN DE LA COMPETENCIA

Tal como se expresó anteriormente en el apartado “la intervención del Estado en los casos de competencia desleal como mandato constitucional y legal”, los procesos en la jurisdicción ordinaria se inician a través de demanda y existe para el demandante la posibilidad de elegir frente a qué autoridad quiere tramitarlo, esto último se debe a que la ley establece que existe competencia a prevención en cabeza de la SIC y de los jueces civiles del circuito, las normas que planteaban esto al momento de tramitación del caso analizado eran el Código de Procedimiento Civil que consagraba en su artículo 17° la competencia de los jueces civiles del circuito especializados del país en procesos relativos a

propiedad intelectual y la ley 446 de 1998 artículo 143 y 144 que le atribuyeron funciones y facultades a la SIC respecto a los casos de competencia desleal.

En el caso concreto, Danone como parte demandante optó por demandar ante la SIC quien asumió la competencia y abrió el expediente No.09054397.

3. CONSIDERACIONES DE LA SIC:

LCD aplicable al caso concreto

El Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la SIC en principio analizó si el régimen de competencia desleal regulado por la LCD era aplicable al caso concreto, determinó:

- **Ámbito objetivo:** El presunto acto desleal cometido por el sujeto activo (Alpina) es concurrencial en tanto que busca afectar el porcentaje de participación de Danone en el mercado colombiano. Alpina al copiar una gran variedad de los productos de Danone e ingresarlos al mercado colombiano logra obstaculizar la entrada de esta empresa competidora.
- **Ámbito subjetivo:** Alpina y Danone son participantes del mercado.
- **Ámbito territorial:** El presunto acto desleal cometido por Alpina tiene efectos en el mercado colombiano, en la medida que busca impedir el asentamiento de un competidor en este.

De esta forma encontró que el caso Danone vs Alpina se regulaba por la LCD.

Actos de competencia desleal cometidos por Alpina

En segundo lugar, la SIC examinó el comportamiento de Alpina, concluyó que esta empresa efectivamente imitó sistemáticamente distintos productos comerciales de Danone, incurriendo así en tres actos de competencia desleal:

1. **Actos de confusión:** El consumidor colombiano relaciona los productos con Alpina y en ningún caso con Danone, empresa de la que originalmente provienen los productos que luego Alpina decidió copiar.
2. **Aprovechamiento indebido del esfuerzo y de la reputación ajena:** Alpina obtiene provecho de los estudios realizados por Danone para elaborar las

prestaciones y desarrollar su publicidad, los beneficios que obtiene de esta actividad son proporcionales a los perjuicios sufridos por Danone, ambos materializados dentro del mercado colombiano.

3. Obstaculización desleal: Alpina al imitar sistemáticamente las prestaciones de Danone y registrarlas en el mercado colombiano, incluso sin intención de explotarlas económicamente, refleja un comportamiento claramente obstruccionista, ya que su objetivo básico es impedir que Danone pueda concurrir al mercado colombiano. Como bien se especificó en la parte de este trabajo referida a actos de imitación, para que se constituya imitación obstruccionista se deben cumplir una serie de requisitos: si bien Danone no es una empresa con poco poder, en la época era inexistente dentro del mercado colombiano a diferencia de Alpina que poseía un amplio poder en ese mercado. Las prestaciones imitadas por Alpina fueron insertadas en el mercado colombiano en un breve tiempo posterior a su creación. De esta manera, Alpina logró eliminar un posible competidor en el mercado de agroalimentos.

Decisión

Una vez llevada a cabo la determinación de los actos de competencia desleal cometidos por Alpina, la SIC en aras de restablecer los derechos afectados tanto de Danone como de los consumidores ordenó: Cancelar los registros que había realizado Alpina sobre los productos imitados, parar la producción de dichas prestaciones y excluirlas del mercado, indemnizar los perjuicios causados a Danone.

4. LOGROS DE LA INTERVENCIÓN REALIZADA POR LA SIC EN EL CASO CONCRETO:

La SIC al intervenir en los casos de competencia desleal protege el bien jurídico de la libre y leal competencia económica que se encuentra en cabeza de todos los participantes del mercado y que es instrumento de maximización del bienestar general. Asimismo, protege intereses particulares de los competidores que se ven implicados en los casos concretos.

Frente al caso Danone vs Alpina, la SIC “protegió (el interés concreto) del trabajo y esfuerzo de los creadores de configuraciones técnicas sofisticadas contra la imitación” (Portellano,1995). En tanto que, Danone para posicionar sus prestaciones mercantiles invirtió en personal con conocimientos técnicos sobre venta y producción de agroalimentos, así como en los instrumentos

necesarios para realizar los estudios pertinentes con el fin de aumentar su cuota de participación en los mercados de diferentes partes del mundo. Sin embargo, esta inversión y este esfuerzo fueron hurtados por Alpina quien emprendió una actividad de imitación sistemática de las prestaciones de Danone con el objetivo de aumentar la probabilidad de obstaculizar la entrada al mercado de este posible fuerte competidor. La SIC al intervenir advirtió que Danone difícilmente podría afirmarse en el mercado, debido a que los productos por los cuales ha sido reconocido en el extranjero y mediante los cuales planeaba afirmarse en el mercado colombiano ya son vinculados en la mente del consumidor erróneamente con Alpina, luego tendrá que incurrir en gastos para crear un nuevo menú de ofertas y poder innovar en este mercado. Por lo anterior, para conseguir la tutela del bien jurídico, la SIC impuso una indemnización que Alpina debe pagar a Danone, la cual incluye no solo el daño generado por los diferentes actos desleales sino también los necesarios para invertir en nuevos estudios.

Adicionalmente la intervención que realizó la SIC en el caso concreto pretendió salvaguardar los bienes jurídicos del consumidor. Si bien las prestaciones imitadas renovaron el mercado colombiano, Alpina condujo su conducta de tal forma que el consumidor únicamente pudiera optar por sus ofertas sin necesidad de que la empresa invirtiera en mejorar sus prestaciones, además su comportamiento le permitió dejar a su discrecionalidad la decisión sobre la calidad y precio de los productos. Esto condujo a que en el mercado una menor cantidad de consumidores pudieran adquirir las prestaciones imitadas y que Alpina se apropiara de una mayor parte de los ingresos de los demandantes, disminuyendo su utilidad. Por lo anterior, la SIC orientó su actividad a terminar con las prácticas desarrolladas por Alpina, así mismo a asegurar la entrada de otros competidores al mercado de agroalimentos, de forma que se logre una estabilización en los precios y un mayor bienestar de los consumidores.

CONCLUSIÓN

La Constitución Política de 1991, con el objetivo de instituir en Colombia una economía social de mercado eficiente que sirviera como mecanismo para alcanzar los fines propuestos por el Estado Social de derecho, estableció una serie de libertades económicas como motor del desarrollo social. Entre las garantías que allí se consagraron se encuentra la libre competencia económica, que como lo plantea la SIC, permite a los agentes económicos realizar un conjunto de actos que rivalizan con otros, con el fin de asegurar la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado.

La instauración de la libre competencia económica resulta muy importante para el buen funcionamiento del mercado debido a que “la característica más sobresaliente de un mercado competitivo es que tanto los vendedores como los compradores actúan de manera independiente, por lo que los empresarios o proveedores se esforzarán en ofertar en un determinado mercado los productos que satisfagan a los consumidores de manera más adecuada, ya que si estos últimos prefieren el producto de otro competidor por ser más barato, de mejor calidad o por cualquier otra razón, dicho empresario no generará beneficios y podría desaparecer de un determinado mercado” (Pérez,2012,p.60).

Lo que en últimas permite que los bienes y servicios que están presentes en el mercado se produzcan en las cantidades necesarias para cubrir la demanda, con un precio asequible y al menor costo, asimismo se abre paso al fomento de las libertades individuales¹², a la innovación, a la maximización de la utilidad del consumidor, a la atención de las nuevas necesidades de la sociedad¹³, a la asignación eficientemente los recursos, al aumento de la productividad, del crecimiento y del desarrollo económico, todo lo cual finalmente maximizará el bienestar social.

Sin embargo, existen diversas conductas que pueden afectar el desarrollo efectivo de esta libertad económica. Entre éstas se encuentran los actos desleales, es decir, aquellas actuaciones que realizan las empresas y que resultan contrarias a las buenas costumbres mercantiles, a la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial y comercial, o que afectan la libre elección del consumidor o el funcionamiento del mercado.

Debido a la gran importancia que tiene el mantenimiento de la libre competencia en la práctica para alcanzar el bienestar social, es necesario establecer mecanismos orientados hacia su protección frente comportamientos que puedan afectarla. Por esta razón, por mandato constitucional y de tratados internacionales acogidos en Colombia, surge para el Estado la obligación de intervenir en la economía con la finalidad de impedir cualquier conducta que obstruya o restrinja la libertad económica. Para los casos específicos en los que se presenta competencia desleal, este deber se cumple, en primer lugar a partir de la regulación que realiza el legislador quien establece una serie de reglas que

12 La libertad individual de las personas se maximiza en la medida que la persona elige sin interferencias, teniendo en cuenta que, como lo plantea uno de los postulados del análisis económico del derecho, la persona es la que mejor conoce sus preferencias y por ende es la más indicada para maximizar su utilidad.

13 El productor para obtener una cuota del mercado, estará al pendiente de las nuevas necesidades que poseen los consumidores, y las suplirá mediante sus productos.

deben ser tomadas como parámetro de conducta de los agentes participantes del mercado, como lo es la LCD y en segundo lugar, en caso de incumplimiento de estas normas, se sancionan los comportamientos y se restablece la competencia entorpecida, en el caso colombiano esto se logra a través de la jurisdicción administrativa en cabeza de la SIC quien ejercita sus funciones de policía administrativa, y por otro lado de la jurisdicción civil, en cabeza de los jueces civiles del circuito y de la SIC por competencia a prevención. La intervención que se realiza a través de los jueces civiles del circuito y de la SIC logra reivindicar los intereses particulares, propende por garantizar los derechos de los consumidores y materializa la libre y leal competencia económica.

En el caso Danone vs Alpina, la SIC detectó que Alpina incurrió en conductas desleales de imitación confusionista y explotación de la reputación ajena, en tanto que Alpina imitó sistemáticamente prestaciones mercantiles de Danone con lo cual logró que en la mente del consumidor se relacione el producto de Danone con su empresa y así mismo se aprovechó de la reputación adquirida por Danone gracias a los esfuerzos que invirtió en estas prestaciones y que le dieron éxito en el mercado internacional.

Al intervenir e impedir que estas conductas fueran continuadas, la SIC logró proteger a los consumidores del mercado de agroalimentos evitando que Alpina se apoderara del mercado afectando el bienestar general, garantizando de esta manera la posibilidad de los demandantes a escoger lo que les resulte más benéfico entre la pluralidad de oferentes, así mismo protegió los derechos en cabeza de Danone, a concurrir en el mercado, ofrecer las ventajas comerciales que encuentre pertinentes y contratar con distintos consumidores adquiridos por sus esfuerzos, inversión, investigación. De esta forma propendió por el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, por la maximización del bienestar social y por el funcionamiento saludable del mercado de agroalimentos y de la economía en general.

REFERENCIAS

- Abad Merchán, J. A. (2012). La imitación y confusión como actos de competencia desleal. *Tesis Académica. Universidad de las Américas.*
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2005). *Compilación de Normas sobre Derecho de la Competencia en Colombia.* Bogotá D.C: Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá.
- Cámara de Comercio e Industria de Madrid. (1992). *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991.* Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.

- Cortázar, J. (2003). *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia*. Bogotá D.C: Ediciones doctrina y ley Ltda.
- Domínguez Pérez, E. (2003). *Competencia desleal a través de los Actos de imitación sistemática*. Editorial Aranzadi.
- Font Galán, J., & Pino Abad, M. (2005). *Estudios de Derecho de la competencia*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Jaeckel Kovacs, J. (s.f.). *Apuntes sobre competencia desleal*. Bogotá: Dotel.
- Márquez Robledo, F. (2007). *Apuntes sobre Derecho económico y Derecho de la competencia*. Bogotá D.C: Fundación Cultural Javeriana (Javegraf).
- Marsal Romero, J. J. (1995). La marca de distribuidor. Su legalidad frente a las marcas líderes. *uaiipit. Universidad de Alicante*.
- Miranda Londoño, A. (1997). El régimen general de la libre competencia. Características principales. *Segundo Congreso Iberoamericano de derecho empresarial*. Bogotá D.C.
- Nihoul, P. (2005). *Introducción al derecho de la competencia. Posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas*. Bogotá D.C: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, P. (2012). La importancia del derecho de la competencia para el correcto funcionamiento de la economía, especialmente en épocas de crisis. *Strategy & management business review*, 59-64.
- Portellano Diez, P. (1995). *La imitación en el derecho de la competencia desleal*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- Rivera Restrepo, J. (2014). De la imitación desleal. On unfair imitation. De l'imitation déloyale. *Revista de Derecho-Escuela de Postgrado. Universidad de Chile*, 15-34.
- Sánchez Calero, J. (1997). La apreciación del riesgo de asociación en relación con Actos de imitación. *Revista General de Derecho ucm*, 965-985.
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá D.C: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Recursos electrónicos

- Kluwer, W. (s.f.). *Actos de imitación*. Obtenido de Guías Jurídicas: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcpIVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKriHz9-fB8_IorZ7LPT33sHz-7u_qef_sLLvG6KavnZ3s7Owc6DnQ
- SIC. (27 de octubre de 2014). *Grupo de Competencia desleal y PI de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales*. Obtenido de Superintendencia de Industria y comercio: <https://www.youtube.com/watch?v=5LhdD8KUACQ>

SIC. (s.f). *Definiciones sobre Competencia*. Obtenido de Superintendencia de Industria y Comercio: <http://www.sic.gov.co/drupal/que-es-la-libre-competencia>

SIC. (s.f). *Grupo de competencia desleal y propiedad industrial*. Obtenido de Superintendencia de Industria y Comercio: <http://www.sic.gov.co/drupal/grupo-de-competencia-desleal-y-propiedad-industrial>

SIC. (s.f). *Objetivos y Funciones*. Obtenido de Superintendencia de Industria y Comercio: <http://www.sic.gov.co/drupal/objetivos-y-funciones>

SIC. (s.f). *Preguntas Frecuentes. Competencia Desleal*. Obtenido de Superintendencia de Industria y Comercio: http://issuu.com/quioscosic/docs/cartilla_preguntas_frecuentes_competencia_desleal

Tantaleán Odar, C. F. (s.f). *Análisis suscito sobre la competencia desleal y los actos que la conforman*. Obtenido de Derecho & Cambio Social: <http://www.derechocambiosocial.com/revista002/competencia.htm>

Sentencias y leyes relacionadas

Constitución colombiana de 1991

Expediente No. 09054397 Superintendencia de Industria y Comercio delegatura para asuntos jurisdiccionales

Decreto 2153 de 1992

Ley 178 de 1994

Ley 256 de 1996

Ley 446 de 1998

Ley 1437 de 2011

Ley 1564 de 2012

Sentencia 009 de 2005 Superintendencia de Industria y Comercio delegatura para asuntos jurisdiccionales

Sentencia 4850 de 2012 Superintendencia de Industria y Comercio delegatura para asuntos jurisdiccionales

Sentencia C-535 de 1997

Sentencia C-228 de 2010

Sentencia C-263 de 2011

Sentencia C-197 de 2012