Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

**Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga**

La responsabilidad frente al daño al buen nombre en materia comercial por actos de competencia desleal. Propuesta para la valoración de perjuicios

LEONARDO ARIZA TRIANA

Trabajo para optar el título de Magister en Derecho

Director:

Roberto Agudelo Pinzón

Magister en Derecho de familia

División de Ciencias Jurídico Políticas

Facultad de Derecho

Universidad Santo Tomás

Bucaramanga, Colombia

2017

Dedicatoria

Esta tesis se la dedico con todo mi corazón a la persona que siempre me apoyo con total esfuerzo y amor, por la felicidad de verme progresando espiritual y académicamente, mi mamá.

Agradecimientos

La mejor forma de expresar mis agradecimientos, es culminar la tesis, pero no hay términos precisos ni el espacio suficiente para dar gracias a Dios por esta oportunidad de sentir que pude cumplir con un propósito. Con el apoyo mi amada esposa SANDRA MARIA, mis hijos SOFIA Y NICOLAS que son mi motivación y constituyen la fortaleza de mi espíritu. A mi mamá, el pilar de mi formación y el apoyo incondicional de mis hermanos “un hombre sin familia y sin amigos no existe.”

Agradezco especialmente al Padre RODRIGO ARIAS O.P., al Dr. JUAN PABLO MONCADA y por supuesto a mi director de Tesis el Dr. ROBERTO AGUDELO, por la orientación y paciencia.

Tabla de Contenido

Resumen	10
Introducción	11
1. Planteamiento del problema	12
1.2. Descripción del problema	12
1.3. Pregunta de investigación	16
1.3. Objetivo general	16
1.4. Objetivos específicos	16
1.5 Estado del arte	17
2. Marco Teórico	20
2.1. Marco conceptual	20
2.1.1 Mercado	20
2.1.2 Lucro.	20
2.1.3 Acto concurrencial.	20
2.1.4 Oferta	21
2.1.5 Demanda	21
2.1.6 Competencia desleal	21
2.1.7 Daño.	21
2.1.8 Daño antijurídico	21
2.1.9 Daño emergente	22
2.1.11 Competencia perfecta.	22
2.1.12 Lucro cesante	22
2.1.13 Libre competencia.	22
CAPITULO I: Generalidades del buen nombre y competencia desleal en Colombia	23
2.1.14 Generalidades del buen nombre y competencia desleal en Colombia	23

2.2. Antecedentes Competencia desleal.....	23
2.3. Marco normativo	25
2.3.1 Aspectos Normativos: buen nombre y competencia desleal. Convenios Internacionales-.....	25
2.3.1.1 <i>Convenio de París.</i>	25
2.3.2 Competencia desleal desde el punto de vista Constitucional en Colombia.....	28
Capítulo II: ¿Cómo se ha abordado el problema de la tasación o cálculo de los perjuicios por actos de competencia desleal en las altas cortes?	49
3. Análisis Jurisprudencial.	49
4. Metodología de Carlos Bernal Pulido.	51
4.1 Selección jurisprudencial.	53
4.2. Punto de valoración.....	54
4.4 Información de las Fichas técnicas de los análisis jurisprudenciales.	57
4.5 Fichas técnicas de los análisis jurisprudenciales realizados. La afectación al buen nombre por actos de competencia desleal.....	59
4.6 Análisis jurisprudencial sic	62
4.7 Análisis jurisprudencial corte suprema de justicia	92
5. Consideraciones del capítulo.....	95
5.1 Examen sustancial de los criterios de Valoración del perjuicio	97
5.3 Frente Competencia desleal y reconocimiento de perjuicios.	98
5.4 Frente a la decisión en sede administrativa de la SIC	99
5.5 Frente a la pretensión más utilizada “resumen”	100
5.6 Frente al criterio de reconocimiento de perjuicios.	101
5.7 Frente a la decisión de las entidades relacionadas C.S.J. y la SIC.	103
5.8 Frente a los actos específicos de competencia desleal; la desviación de clientela, confusión, actos de descredito, explotación de reputación ajena.....	103
6. Metodología	104
6.1 Consideraciones Finales del Capítulo.	105
7. Capítulo III: Hacia la cuantificación de lo intangible (Good Will). Los bienes intangibles y el Good	

will- Buen nombre o reputación Comercial.	105
7.1 La marca notoria.....	107
7.2 El Good will en asuntos tributarios	108
7.3 Valoración del Good Will en La Jurisdicción Contencioso Administrativa.	112
7.4 Valoración del Good will en La Jurisdicción ordinaria.....	113
8. Clasificación de los intangibles. Bienes	116
9. Responsabilidad civil extracontractual.....	119
9.1 El daño.....	122
9.2 ¿Qué es el perjuicio?	123
10. La competencia en sentido jurídico.....	132
10.1 El nexo causal y la causalidad.....	135
11. El buen nombre Comercial o Reputación Corporativa en el marco de la Ley 256 de 1996.....	146
11.1 El GOOD WILL, definición, en la constitución, en la ley, en la jurisprudencia, en la doctrina. .	149
11.2 Good Will: Carácter económico.	151
11.3 Amortización del valor del Good Will	152
12. Recolección de datos de la Competencia desleal en la tasación del Good Will: Formas de adquirir el buen nombre y competencia desleal en la tasación del Good Will, Casos	159
12.1 Caso Drogas la Rebaja.....	160
12.1.1 Protección Estado Colombiano de las empresas y la competencia desleal	163
12.2 Responsabilidad civil y el daño al buen nombre comercial por actos de competencia desleal.	164
13. Conclusiones finales del capítulo	168
14. Analogía	170
14.1 Frente a la Constitución Política Colombiana	171
14.2 Frente Derecho civil	172
14.3 Frente Daño moral objetivo.....	173
14.4 Frente a Derecho administrativo	173
15. El daño moral en la jurisprudencia colombiana	175

15.1 . Elementos de la efectución de perjuicios: (PRINCIPIOS GENERALES- ANALOGÍA IURIS)	179
16. Muestra de elementos necesarios para la efectiva indemnización de perjuicios morales por daño al good will:	179
17. la teoría de la pérdida de oportunidad en materia de contratación estatal.	184
18. Conclusiones finales	191
BIBLIOGRAFIA	197

Contenido de tablas

Tabla 1..... 45

Tabla 2..... 46

Tabla 3..... 46

Tabla 4..... 55

Tabla 5..... 56

Tabla 6..... 59

Tabla 7..... 63

Tabla 8..... 66

Tabla 9..... 70

Tabla 10..... 73

Tabla 11..... 78

Tabla 12..... 81

Tabla 13..... 85

Tabla 14..... 88

Tabla 15..... 92

Tabla 16..... 99

Tabla 17..... 101

Tabla 18..... 102

Tabla 19 186

Tabla 20 187

Tabla 21 188

Tabla 22 189

Resumen

El trabajo de investigación tiene como punto de referencia la descripción del análisis jurisprudencial de las altas cortes, como el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y principalmente la superintendencia de Industria y Comercio, por la función jurisdiccional otorgada por la ley, en cuanto a la tasación de los perjuicios por actos de competencia desleal contra el Good Will (Buen nombre o reputación mercantil). El propósito es identificar cómo se ha manejado, la tasación de perjuicios, que actos de competencia desleal han sido los más afectados y que factores jurídicos se han reconocido como perjuicios al buen nombre en las sentencias. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede dimensionar en la investigación las experiencias reconocidas, por las cortes y así poder estructurar de una forma equitativa en la ruta jurídica para llegar a la indemnización de perjuicios, con los elementos de juicio que se pretenden identificar en el trabajo.

Introducción

Al desarrollar el trabajo de investigación sobre el buen nombre o reputación comercial, Good Will, de este último se debe exponer que es un anglicismo que ha adoptado en el lenguaje común las personas que especialmente se dedican a la actividad del comercio, con actividades concurrenciales, regidas por la buena fe, que en síntesis se refiere a la reputación comercial, el buen nombre comercial. Esto implica varios aspectos que se reflejan finalmente en calidad, servicio, acreditación, proyección y eficiencia y la consecuencia es la estabilidad posicional y económica en el medio, es decir en la competencia del mercado y es el valor agregado a los bienes y servicios que contablemente se tienen.

Al desarrollar el trabajo de tesis se abordaron varias instituciones jurídicas que repercuten en la investigación, buscando una organización lógica para poder llegar a las conclusiones perseguidas, entre ellas, ¿qué es el buen nombre desde el punto de vista legal y constitucional?; ¿qué son los bienes intangibles?, ¿qué es la competencia desleal?, la historia y evolución en Colombia vinculando en esta institución la relación entre el buen nombre o reputación comercial o corporativa y la libre competencia; también se investigó sobre la responsabilidad civil extracontractual y la relación con los actos de competencia desleal frente al buen nombre, y cómo se ha tratado por las altas cortes la indemnización de perjuicios en este mismo sentido; este tema se ha trabajado como el resultado de un análisis económico que penden los estudios en los balances y posicionamiento comercial, pero se establece que existe la relación directa entre lo económico y lo jurídico, por ello se requiere posteriormente poder proponer una ruta jurídica que defina el orden lógico-jurídico a seguir en caso de un perjuicio

surgido por un acto de competencia desleal, y así poder medir el alcance del perjuicio.

La responsabilidad frente al daño al buen nombre en materia comercial por actos de competencia desleal. propuesta para la valoración de perjuicios

1. Planteamiento del problema

1.2. Descripción del problema

Como recuento histórico sobre el manejo Constitucional, internacional, legal y jurisprudencial sobre los perjuicios causados al buen nombre por actos de competencia desleal, desde 1940 (Palacio, 2007) en la Jurisprudencia del Consejo de Estado se ha resaltado el reconocimiento del good will y la competencia desleal. Inicialmente con el Código civil (ley 57 de 1887), en el artículo 90, se refiere al principio de la existencia legal de las personas naturales; y dispone un análisis complementario y analógico de la persona jurídica, y adicionalmente el artículo 1021 del código Civil, se refiere a la posibilidad de las personas jurídicas de adquirir derechos como el buen nombre y por lo tanto la relación de las normas con la investigación adelantada. Este tema es tratado de manera concreta por el Código del Comercio desde 1971, en el artículo 603 (Decreto de 410 de 1971) y es específico dentro del marco de la ley 256 de 1996 (Congreso, Código de Comercio, 2016), normas que protegen las actividades comerciales, y lo relacionado con competencia desleal, implementándose la regulación sobre la participación libre en el mercado por parte de los comerciantes, donde se busca proteger a los participantes del mercado de la actividad comercial, la cual ha tenido desarrollo en el derecho Constitucional, derecho internacional privado, en la Jurisdicción ordinaria (juzgados, Corte Suprema de

justicia), Jurisdicción administrativa, (Juzgados, Consejo de Estado) y función administrativa y delegataria, (la Superintendencia de Industria y Comercio), estas entidades se han referido a los perjuicios causados por afectación al buen nombre por actos de competencia desleal, para sancionar y por otra parte prevenir o interrumpir y resolver un conflicto, pero no hay el camino o ruta para determinar la cuantificación de los perjuicios como en este caso de estudio. Dentro de los aspectos para revisar, se ha observado que la tasación de los perjuicios se somete solo a lo dispuesto por los criterios profesionales de los peritos, el cual puede variar por alguna circunstancia o posición diferente.

Las altas cortes, los tribunales, los jueces y la Superintendencia de industria y comercio han tratado de resolver el problema de la tasación de perjuicios por actos de competencia desleal, mediante la designación de peritos, circunstancia que genera inconformidades, pues a pesar de la idoneidad de los mismos (los peritos), esta puede ser similar, pero distinta, y los resultados pueden llegar a ser diferentes o contrarios, por las diferentes apreciaciones de los expertos.

Frente a lo anterior, se deben tener en cuenta varios aspectos, ya que una cosa es una sanción por actos de competencia desleal y otra es la identificación del perjuicio desde su inicio hasta su finalización o suspensión. Por lo tanto, indicar una ruta jurídica para determinar la tasación de perjuicios por afectación del buen nombre por actos de competencia desleal resolverían los límites de una subvaloración o un exceso en la valoración de los perjuicios, dando herramientas jurídicas, mas certeza y más confianza al operador de la justicia en la toma de decisiones sobre el tema en comento.

Para poder establecer la ruta jurídica con el fin de poder calcular los perjuicios, el operador de la justicia debe tener parámetros indicativos que le sirvan como guía y pueda ayudar a resolver controversias entre los comerciantes.

Con fundamento en las apreciaciones dadas, la carga probatoria recae inicialmente en la parte actora, es decir afectada, que no está obligada a resistir el daño por acción de un tercero que incurre en actos de competencia desleal, que afectan el buen nombre (Good Will), en la medida que disminuyen su patrimonio económico a partir de las premisas, que atentan contra su economía, como el engaño con fines económicos, mala imagen de marca, confusión, desviación de clientela, etc.

Los intangibles se analizan considerando su importancia en relación con la innovación organizativa y la gestión estratégica, por ello se habla del buen nombre formado (Good Will formado), y el Good Will en formación (Adam, 2015), considerando todos los aspectos relevantes para el buen funcionamiento del establecimiento o la empresa, que den valores agregados a la infraestructura física dispuesta para los fines y por obvias razones el buen nombre hace parte de los intangibles inicialmente.

Para determinar el monto de los perjuicios ocasionados a los intangibles de un establecimiento comercial, derivados de actos de competencia desleal, es necesario revisar el concepto de daño antijurídico y el concepto jurídico económico del Good Will, pues se pretende el reconocimiento, valoración y amortización de los intangibles.

Se recrea lo anterior, y se observa por una parte, una depreciación natural del activo, como regla general contable, pero a la vez se evidencia una circunstancia especial, respecto del Good Will, el intangible se vuelve un activo visible y por ende cuantificable, cuando se pretende registrar contablemente, vender o cuando es afectado por un acto de competencia desleal (ESTADO, SENTENCIA DE REPARACION DIRECTA SECCION TERCERA, 2016). Radicación número: 50001-23-31-000-1998-00059-02(37434).

Este análisis marca una pauta demostrable al momento de querer identificar el valor

perjuicio al Good Will (buen nombre o reputación comercial), pero al discriminarlo por una afectación específica, se debe ser cuidadoso y establecer, a partir de qué evento opera una valoración, y bajo qué elementos de juicio jurídicos aplicaría una posible indemnización por perjuicios causados, de manera que se puedan cualificar y cuantificar; adentrándose también en el tema de la responsabilidad de los actos vigilados por la superintendencia de Industria y comercio, a la luz del derecho comercial y civil y cómo sería este caso tratado por la Corte Suprema de Justicia, la Superintendencia de industria y comercio y posiblemente la Corte Constitucional, en casos estrictamente justiciables.

En concreto podríamos hallar un punto de partida o equilibrio en el derecho para constituir una forma de organización o ruta (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31172. 7.2), de acuerdo con la tabla creada por el Consejo de Estado sobre los perjuicios morales por analogía de una posible solución útil al conciliador o juzgador, con herramientas jurídicas que les permitan identificar y ubicar el perjuicio por actos de competencia desleal, dimensionarlo de acuerdo a escenarios diferentes, determinar y proponer posibles vías para su reconocimiento y valoración, dentro de un marco legal y constitucional, teniendo como base de estudio las causales de competencia desleal y las variables que puedan surgir.

Para determinar el monto de los perjuicios ocasionados se crea, por una parte, una depreciación natural del activo, como regla general contable, pero a la vez se evidencia una circunstancia especial, respecto del Good Will, el intangible se vuelve un activo visible y por ende cuantificable, cuando se pretende registrar contablemente, vender o cuando es afectado por un acto de competencia desleal.

Lo expuesto Implica tener claro el valor real de las cosas y de los derechos, según sea el

caso, el buen nombre o reputación comercial (Good Will) formado o en proceso de formación al respecto (Adam, 2005).

Se pueden evidenciar métodos de valoración de empresa; pueden ser subjetivos, pero que tienen elementos significativos para determinar un perjuicio y entre ellos la posible afectación y valoración del Good Will y por lo tanto se debe establecer los límites de cada uno de ellos, que en términos jurídicos sería decir hasta donde tiene alcance el valor de mis derechos.

1.3. Pregunta de investigación.

¿Cuáles son los criterios jurídicos para valorar los perjuicios que se ocasionan por actos de competencia desleal en detrimento del buen nombre, según el análisis de las decisiones administrativas y judiciales en Colombia a partir de la constitución de 1991?

1.3.Objetivo general

Determinar los criterios jurídicos para valorar los perjuicios que se ocasionan por actos de competencia desleal en detrimento del buen nombre, a partir del análisis de las decisiones administrativas y judiciales en Colombia a partir desde de 1991.

1.4. Objetivos específicos.

1.4.1. Identificar los elementos de reconocimiento al buen nombre en las decisiones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio y en Sentencias de las Altas Cortes, para establecer el valor de los perjuicios ocasionados al buen nombre o reputación comercial (Good Will) en el marco de competencia desleal

1.4.2. Analizar los criterios utilizados por las decisiones administrativas y judiciales del perjuicio ocasionado al buen nombre (Good Will) en el marco de la competencia desleal

1.4.3. Establecer una propuesta de modelo de tasación aplicable a casos concretos en Derecho a partir de los parámetros Administrativos y Jurídicos para valorar los perjuicios que se ocasionan por actos de competencia desleal.

1. 5 Estado del arte

En este artículo Competencia desleal: reflexiones desde la ética y la responsabilidad social empresarial se hace referencia a la libre competencia comercial, pero con énfasis en la necesidad de buscar un equilibrio ético en la relación entre los sistemas jurídicos y económicos, por el alto grado de las actuaciones corruptas o de mala fe en la calidad de comerciantes, afectando no solo a otras empresas sino a los consumidores. (D'andrei Zapata, 2015)

El referente es una tesis de pregrado, pero tiene apartados interesantes, de la legislación del Ecuador, en el tema de interés de la investigación, así en la P. 40 se refiere a los actos de imitación y aprovechamiento de la reputación ajena, y la página 43 se refiere a la desviación de clientela, como actos más significativos acerca de la Competencia desleal. (Motesdescoa Almeida, 2014, pp. 40-43)

Los autores en su investigación acerca del Análisis jurisprudencial de las sentencias en segunda instancia, sobre la competencia desleal en Colombia. Respeto de la ley 962 de 2005 el trámite de los procesos judiciales adelantados por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal, que en segunda instancia han desatado los tribunales no procede el recurso de casación, y se refiere específicamente a los actos de competencia desleal, (Castell Borrero, , Cure Uribe, , & Nieto Durán, , 2009)

Sobre la legitimación activa para ejercitar acciones por violación de marca en el

ordenamiento jurídico español, Jaume Martí Miravalls hace referencia especialmente a “los actos de competencia desleal frente al derecho Marcario, y las consecuencias y perjuicios que podrían generarse por el uso legítimo de la marca, número VIII de la numeración romana” utilizada por el autor. (Miravalls, 2008)

La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia; especialmente lo que referencia Ortiz, Baquero en las páginas 13, 21 y 23 referente al daño emergente y el lucro cesante, que es interés en la investigación, pues indica la integración de la información al trabajo pues indica que es la forma de tasar los perjuicios por los actos de competencia desleal. (Ortiz, 2008)

Vera Sarango, en su tesis “Reformar la ley de propiedad intelectual, ya que existen perjuicios a las marcas registradas en sus derechos de propiedad intelectual por los nombres de dominio registrados en internet refiere lo siguiente “Partiendo de las normas jurídicas ecuatorianas, relativas a la protección de datos personales, a fin de delimitar el ámbito de acción dentro del cual las personas pueden desenvolverse en lo que tiene que ver con la protección de la integridad personal, que se podrían vulnerar sus datos personales”. 2015

La autora en el libro Competencia desleal : Análisis desde el campo de la propiedad intelectual en el capítulo dos, se enfoca en los actos relevantes de la competencia desleal, es decir cómo se manifiesta la competencia desleal en los distintos ámbitos, como por ejemplo la imitación, confusión, venta por pérdida, publicidad engañosa, denigración o descrédito. (Sevilla Holguín, 2009)

Adriano de Cupis en su obra la Teoria Generale della responsabilità Civile, Dott. A. Giuffrè 1946, “incluso distinguió entre daño e interés patrimonial, de una parte, y daño no patrimonial e interés no patrimonial de la otra”, p,p 30-31

En el libro “: *Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, manifiesta que “*el daño a la reputación, al prestigio y al honor de las personas físicas y jurídicas es reparable si se prueba la lesión de estos derechos de la personalidad, pero la simple crítica o valoración no constituye daño....*” (Pérez, 2006, p. 891)

2. Marco Teórico

2.1. Marco conceptual

En este aparte se presentarán conceptos básicos, los aspectos generales de la definición de la competencia desleal abordando en primer lugar los conceptos normativos a partir de la C.P., desde un enfoque sistémico que reconozca la estructura normativa; en segundo lugar se abordará la revisión conceptual establecida a través de las decisiones administrativas y la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio y en Sentencias de las Altas Cortes, como tercer aparte los aportes de la doctrina frente a la tasación de los perjuicios al buen nombre para terminar con las conclusiones desde un enfoque descriptivo.

2.1.1 Mercado.

El lugar físico donde se encontraban vendedores y compradores. Hoy en día con el desarrollo de las comunicaciones, el término se ha ampliado considerablemente, estando conformado el mercado por el área dentro de la cual las dos fuerzas o partes que intervienen en él: la oferta y la demanda están en contacto por alguno de los medios de comunicación, y dónde las transacciones tienen lugar Hoy día es el conjunto de circunstancias, medio y elementos que acercan la oferta y la demanda. (Osorio, 2006, 224).

2.1.2 Lucro.

La ganancia o beneficio que espera obtenerse en un negocio. Es la característica especial del tráfico mercantil que permite diferenciar los contratos mercantiles de los que no lo son. (Codera, 1979).

2.1.3 Acto concurrencial.

Son actos de comercio atribuibles a los comerciantes, los cuales son, los actos propios en la calidad de comerciante, y adicionalmente las obligaciones que surgen de su naturaleza

jurídica, (Henao, p.39).

2.1.4 Oferta.

En economía, se define la oferta aquella cantidad de bienes, productos o servicios que los productores están dispuestos a vender y ofrecer a los compradores, en un momento dado, en un cierto lugar y a una serie de precios determinados, bajo unas condiciones de mercado. La cantidad de un producto que será producido y ofrecido en venta varía en razón directa a los precios. (Osorio 2006, p. 241).

2.1.5 Demanda.

Se define como la cantidad y calidad de bienes y servicios que pueden ser adquiridos en los diferentes precios del mercado por un consumidor o por el conjunto de consumidores en un determinado tiempo. La demanda teórica corresponde a las necesidades del abastecimiento, y la demanda efectiva lleva envuelta la necesaria disponibilidad de pago, para que la necesidad sea efectivamente satisfecha (Osorio 2006, p.142).

2.1.6 Competencia desleal.

Se defiende a los comerciantes en sus interrelaciones, se procura que la competencia entre comerciantes este regulada por normas que defiendan la libertad para competir y la igualdad de condiciones que garantice a los participantes poder competir sanamente. (Roa, 2008).

2.1.7 Daño.

Perjuicio de carácter personal. Perdida experimentada. (Vincent, 1986).

2.1.8 Daño antijurídico.

(Cupis, 1975), Se pretende inferir al derecho entendido en el derecho objetivo y subjetivo. O más bien oposición al derecho. “El daño antijurídico es una expresión del valor

preferente reconocido por el derecho a un interés opuesto, por lo general tomando en cuenta la apreciación dominante en la conciencia social”, frente a las afirmaciones hechas por la doctrina.

2.1.9 Daño emergente.

Pérdida experimentada. Amplitud del daño material y correlativamente la indemnización preparatoria, donde se integra el hecho de no ganar (Vincente, 1986).

2.1.11 Competencia perfecta.

Modelo analítico de la forma pura que asumirá el mercado si se cumplieran las siguientes condiciones: Que existieran muchos vendedores de productos absolutamente idénticos en relación con las ventas totales; que los compradores y vendedores fueran absolutamente conscientes de los precios y oportunidades existentes en todas partes, que ningún vendedor pueda crecer hasta dominar el mercado; y que no existieran obstáculos al movimiento de los factores de la producción. Ningún comprador o vendedor individual ejerce influencia decisiva sobre el precio. (Osorio, 2006, p.91).

2.1.12 Lucro cesante.

Ganancia o beneficio que ha dejado de percibir una persona, como consecuencia del incumplimiento, por otra, de una obligación (Rojas, 2005, p. 333), al respecto considero que esta definición se puede componer mejor, puesto que un daño se puede presentar por acción o por omisión y la consecuencia del daño, es el perjuicio y en este caso, se tomaría como lago posterior al daño y no solo por el incumplimiento de las obligaciones.

2.1.13 Libre competencia.

Situación que consagra la libertad de decisión para entrar o salir de un negocio, acompañada por el juego igualmente libre de las fuerzas del mercado (oferta y demanda) sin

trabas de ninguna especie (Osorio, 2006, p.91).

CAPITULO I: Generalidades del buen nombre y competencia desleal en Colombia

2.1.14 Generalidades del buen nombre y competencia desleal en Colombia.

En este apartado se presentará los aspectos generales de la definición de la competencia desleal abordando en primer lugar los conceptos normativos a partir de la C. P. en segundo lugar se abordará la revisión conceptual que se ha establecido a través de la jurisprudencia y las decisiones administrativas y por último los aportes de la doctrina.

En el presente capítulo se ubica el tema dentro del contexto jurídico colombiano, teniendo en cuenta la legislación que dio origen y desarrollo de la competencia desleal, y su desarrollo Constitucional, legal, jurisprudencial y administrativo.

2.2. Antecedentes Competencia desleal

En el mercado internacional y en la ley, como consecuencia del surgimiento de un periodo económico denominado “el Capitalismo”, el cual se perfeccionó con el ajuste de factores que intervienen en el mercado. Estos aspectos influyeron abiertamente en el desarrollo económico y comercial de Europa, después de superar la primera guerra mundial en 1914 y se fortaleció a partir de la segunda guerra mundial en 1945, donde se estructuran de forma precisa los conceptos de oferta y demanda, lo mismo que competencia. Aunque ya se venía hablando de un comercio organizado y de competencia desleal desde el convenio de Paris en 1883.

En desarrollo de las actividades de comercio a través del tiempo se han establecido estrategias de mercado y competencia que han marcado el desarrollo económico de las

regiones, teniendo como prioridad el principio de la buena fe en el comportamiento comercial, referida especialmente a la libertad de empresa y a la autonomía de la voluntad, por ello siempre ha existido una expectativa en la relación entre productor, comercializador y consumidor, donde cada uno mantiene un comportamiento coherente con su rol. Dentro de esos procesos comerciales existe una relación directa entre la actividad comercial y el gremio al cual hace parte, no obstante, el deber de responder por acción o por omisión ante el consumidor.

Dentro de los elementos de juicio planteados las reglas de comercio o la calidad de comerciante se obtienen con el registro en la Cámara de comercio, el diligenciamiento de los libros contables, la apertura al público del comercio de su producto y una consecuencia es la libre competencia en el mercado y los actos concurrenciales; los límites los da los principios de legalidad, libertad de empresa, autonomía de la voluntad, y la buena fe, pero se ven soportados por el marco Constitucional, desde el bloque de constitucionalidad, el Convenio de París, concertado en 1883, revisado en Bruselas en 1900, en Washington en 1911, en La Haya en 1925, en Londres en 1934, en Lisboa en 1958, en Estocolmo en 1967 y enmendado en 1979, el tratado de Montevideo de 1907, El acuerdo de Cartagena de 1969 y lo contenido en la C.P (art 333) de 1991, la Ley 1143 de 2007 y 1166 de 2007 ratifican tratados internacionales con Estados Unidos y en el Código del Comercio de 1971 y directamente en la ley 256 de 1992.

En conclusión el origen de la competencia desleal nace de los actos concurrenciales, es decir de actos que provienen de la actividad comercial como tal, pero puede ser de mala fe o sin ser de mala fe se constituyen en actos desleales y nacen o provienen de los actos de la libre competencia en el mercado, de la autonomía de la voluntad, donde se busca un mejor rendimiento, mejores ganancias, ampliación del mercado, adquisición de información privilegiada, búsqueda de mayor clientela y por obvias razones posicionamiento en el mercado

etc.

2.3. Marco normativo

2.3.1 Aspectos Normativos: buen nombre y competencia desleal. Convenios Internacionales-

A continuación, se relaciona la historia de la protección del buen nombre y su relación con la competencia desleal mediante los convenios internacionales suscritos por Colombia y la ubicación constitucional de estas instituciones jurídicas.

2.3.1.1 Convenio de París.

Para enfrentar la competencia desleal y la protección del buen nombre se han realizado convenios internacionales como el convenio de París concertado en 1883 por los países miembros de la comunidad europea y otros tratados internacionales como los tratados de Montevideo de 1899 y 1907, y el Código de Bustamante de 1928 (Monroy, 2011), la Ley 1143 de 4 de Julio de 2007 y la Ley 1166 del 21 de noviembre de 2007. Tratados internacionales de libre comercio con los estados Unidos de américa, el Convenio Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica, BCIE con la Ley aprobatoria, 213 del 26 de octubre de 1995., Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969, el proyecto INTAL, entre otros. Por lo tanto firmado el convenio de Paris, y revisada la reunión de los primeros 14 países miembros, que era en temas sobre la protección de la propiedad industrial y la protección de los intereses de los comerciantes y los usuarios frente a los actos de competencia desleal , donde se pueden resaltar varios asuntos; entre ellos, la necesidad de proteger a los autores de las invenciones, la marca y la patente, dibujos y creaciones propias de cada empresa y los mismos modelos industriales, y a su vez una protección que se canaliza en los principios de la Buena fe

comercial, la igualdad, la autonomía y derechos como la propiedad, la libre competencia y la competencia legítima, a la información. Y en consecuencia el patrimonio creado o formado a partir de derechos intangibles a nivel comercial o empresarial.

Este convenio busca proteger al creador, al autor de un producto, que fuere reconocido y registrado en los países que inicialmente firmaron el convenio de cooperación. En el convenio de París, El nombre comercial, la falsificación de marcas, y la competencia desleal estaban contempladas en las reglas que tenían una clasificación especial: a. De derecho internacional público. b. Aquellas que requieren de legislación especial. c. De derecho unionista (se refiere al acuerdo comercial de la unión europea de naciones). D. Aplicables a los particulares. (GHC, GUIA PARA LA APLICACION DEL CONVENIO DE PARIS, 1969), aplicación de los tratados sobre propiedad Industrial cuyas disposiciones tienen carácter auto ejecutivo, (GHC, 1969, p. 33). Como se puede observar, los países miembros dejaron abiertas las puertas para que otros estados se vincularan con el propósito del convenio, pero dejaron la libertad de cada estado de regular algunas cosas, y también dejaron unificadas otras, para los estados de la unión o asociados; pero si se resalta el interés de proteger a los empresarios y comerciantes; y sin abandonar a los usuarios en cuanto a la competencia desleal, visto desde mi órbita, la necesaria intervención del estado, como medio de control.(Sepúlveda, 1969).

A pie página del Convenio de París sobre propiedad industrial, tenemos en relación a la competencia desleal, lo siguiente:

“Artículo 10bis Competencia desleal

- 1) 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.*
- 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los*

usos honestos en materia industrial o comercial.

3) *En particular deberán prohibirse: 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; ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos (Convenio de París, 1883).*

Artículo 10ter Marcas, nombres comerciales, indicaciones falsas, competencia desleal: recursos legales; derecho a proceder judicialmente

1) *Los países de la Unión se comprometen a asegurar a los nacionales de los demás países de la Unión los recursos legales apropiados para reprimir eficazmente todos los actos previstos en los Artículos 9, 10 y 10bis.*

2) *Se comprometen, además, a prever medidas que permitan a los sindicatos y asociaciones de representantes de los industriales, productores o comerciantes interesados y cuya existencia no sea contraria a las leyes de sus países, proceder judicialmente o ante las autoridades administrativas, para la represión de los actos previstos por los Artículos 9, 10 y 10bis, en la medida en que la ley del país donde la protección se reclama lo permita a los sindicatos y a las asociaciones de este país”.*

El Convenio de París, concertado en 1883, ha sido revisado en Bruselas en 1900, en Washington en 1911, en La Haya en 1925, en Londres en 1934, en Lisboa en 1958, en Estocolmo en 1967 y enmendado en 1979, como se puede observar este tratado ha tenido un

recorrido jurídico internacional muy amplio, y se ha estudiado de fondo con el fin de llegar a un acuerdo en los tratados internacionales sobre los actos de competencia desleal. Y ha sido ratificado y reconocido por muchos países, pues es el alma de la protección de los derechos de autor, de la propiedad industrial, de marcas y patentes y el origen real de la disyuntiva sobre la competencia desleal y la necesidad de abordarla desde la órbita económica y jurídica.

2.3.2 Competencia desleal desde el punto de vista Constitucional en Colombia

Cuando se pretende hacer referencia a las normas constitucionales que fortalecen la estructura de la investigación respecto del buen nombre y la competencia desleal, se debe tener en cuenta el Artículo 333 de la Carta política de 1991, que cita la búsqueda del bien común y la libertad económica y la libre competencia económica, pero adicionalmente es necesario tener en cuenta con especial importancia el principio de la Buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, que ha tenido desarrollo jurisprudencial y también tienen relevancia constitucional los principios de igualdad, equidad y transparencia. (Constitución política de Colombia, 1991).

Dentro del marco jurisprudencial la libertad de empresa ha tenido fortalecimiento en un alto nivel de ponderación, donde la importancia del desarrollo empresarial ha sido prioridad, por el impacto que tienen en la economía de un país.

La Sentencia C-649 de 2001, de la Corte Constitucional, se refiere a la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 143 y 144 de la ley 446 de 1998, hace referencia sobre la competencia en materia administrativa y jurisdiccional a la superintendencia de industria y comercio sobre temas de competencia desleal, sobre este aspecto, me refiero al fallo, en los siguientes términos, la superintendencia de industria y comercio tiene facultades administrativas, y sancionatorias, pero también le fueron asignadas funciones jurisdiccionales,

designación que se hizo para poder resolver conflictos que surgen de la actividad meramente profesional y especializada del comercio. (Corte Constitucional, 2001).

De conformidad con el artículo 15 de nuestra carta política, el marco constitucional tiene elementos importantes por resaltar, pues se trata de evidenciar la existencia de un derecho que no solo es personalísimo, sino que enmarca conceptos relevantes en el funcionamiento y sostenibilidad de una persona jurídica, a través de su reconocimiento, eficiencia económica y contable y posible desarrollo y emprendimiento. Frente a lo expuesto, ha sido un proceso jurídico importante del estado Colombiano en no solo reconocer el buen nombre a la persona natural, sino a la persona jurídica, y ha evolucionado el pensamiento jurídico con el bloque de constitucionalidad, específicamente con la firma de los tratados internacionales, en la protección del buen nombre, marca, patente, derechos de autor.

Al respecto, el artículo 15 de la carta política Colombiana reza:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.” La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. (constituyente, 1991)

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”

NOTA: El artículo 15 fue modificado por el Acto Legislativo 02 de 2003, el cual fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2004, por el vicio de procedimiento ocurrido en el sexto debate de la segunda vuelta. El texto del Acto Legislativo 02 de 2003 era:

“Artículo 1. El artículo 15 de la Constitución Política quedará así: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”

En este punto surge el interés de mi investigación para el logro de los objetivos propuestos, pues indica claramente que probatoriamente los libros contables son la expresión del estado financiero de un establecimiento comercial, su antigüedad, su desempeño, su comportamiento financiero, su liquidez, su capacidad de endeudamiento, la proyección y crecimiento; y adicionalmente aparece el aspecto tributario, es decir el pago de impuestos, que es otro aspecto indicativo del buen nombre de la empresa y su momento de producción en el tiempo anterior, actual y proyectado.

Otro aspecto importante que fortaleció el proceso de reconocimiento del buen nombre desde el punto de vista de la ley estatutaria 1266 de 2008 “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”.

Artículo 1º. *“Objeto.* La presente ley tiene por objeto desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos, y los demás derechos, libertades y garantías”.

Artículo 2º. *Ámbito de aplicación.* “La presente ley se aplica a todos los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de naturaleza pública o privada”.

Esta ley se aplicará sin perjuicio de la reserva que tiene el Estado para investigar delitos o por orden público, atribución atribuible a la rama ejecutiva central, la rama judicial o las superintendencias.

El derecho a la información establecido en el artículo 20 de la Constitución Política, particularmente en relación con la información financiera y crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, como había dicho aporta gran desarrollo en la protección del derecho de autor, datos y buen nombre.

El *Good Will* según la jurisprudencia de la corte constitucional se ha desarrollado de la siguiente manera:

“En el caso de la protección de la reputación de las personas naturales, el Constituyente consideró necesario desarrollar el núcleo esencial del derecho al buen nombre en el artículo 21 de la Constitución. Pero el núcleo esencial del artículo 15 permite también proteger a las personas jurídicas, ante la difamación que le produzcan expresiones ofensivas e injuriosas. Es la protección del denominado "Good Will" en el derecho anglosajón, que es el derecho al buen nombre de una persona jurídica y que puede ser estimado pecuniariamente” (Corte Constitucional, Sentencia No. T-412/92).

Diferenciar el desarrollo Legal

El desarrollo legal ha tenido evolución, como se puede evidenciar:

- Ley 31 de 1925: Con esta ley se impidió la homonimia entre comerciantes, es decir que un comerciante tuviera un nombre igual a otro, igualmente con la confusión que pudiesen generar las marcas, signos y distintivos.
- Ley 59 de 1936: Aprobó la convención general interamericana de protección marcaria y comercial, la cual protege la propiedad industrial entre otras.
- Ley 155 de 1959: Habla sobre las prácticas comerciales restrictivas (deslealtad).
- Decreto 410 de 1971 - Código de Comercio: Régimen mixto, en donde se tiene en cuenta el carácter subjetivo y el carácter objetivo, es decir los actos de comercio y el

comerciante.

- Ley 256 de 1996: Por lo cual se dictan normas sobre competencia desleal.

Los aspectos que tienen relevancia, en este capítulo, por obvias razones, la norma pura y simple, mirada desde el código de Comercio (Decreto 410 de 1971), por lo tanto el marco legal empieza por la Ley 155 de 1959, en los artículos (7, 8 9, 10 y parágrafo); El código de comercio colombiano (artículos 75, 76 y 77) del Decreto 410 de 1971, Decreto 2651 de 1991, descongestión de despachos judiciales por conciliación, el Decreto 2279 de 1989, mecanismo alternativo para la solución de conflicto, Decreto 2153 de 1992 se faculta a la SIC con funciones administrativas y jurisdiccionales que resuelven conflictos por actos de competencia desleal como mecanismo garante de los derechos de los comerciantes en su libre competencia y los derechos del consumidor, y la Ley 256 de 1996, esta última artículos 7 al 19, causales taxativas de competencia desleal y la ley 446 de 1998. Es una norma que ayuda a organizar la justicia y las normas concordantes y concomitantes cuando se presentan actos que están registrados en las normas anteriores que pueden producir efectos generales y entre ellos al buen nombre por acto de competencia desleal.

Se ha podido establecer que la norma se ajusta a problemas de competencia desleal, pero no cualifica, ni cuantifica y tampoco clasifica los elementos, por ello observar las obligaciones naturales de todo comerciante es importante para el propósito perseguido en la investigación, por ello la presentación de libros contables, el pago de impuestos, los estados financieros, fecha del registro en la cámara de comercio, la capacidad de endeudamiento, el número de clientes hacen más notoria la afectación al buen nombre con actos de competencia desleal contra el buen nombre.

La competencia en sentido jurídico: Cuando existe autonomía de la voluntad o

autonomía privada y libertad de empresa, se liberan las cargas comerciales de cada uno de los comerciantes, y su participación en la actividad comercial nace de un negocio jurídico donde puede obligarse unilateralmente, como en el caso de la oferta, o simples actos jurídicos, con los respectivos efectos, como los contratos y sus efectos jurídicos resultantes de la acción jurídica de las partes, de estas actuaciones nacen derechos y obligaciones y consecuentemente responsabilidades que pueden surgir por acción o por omisión, directa ante las partes o frente a terceros, por ello surgen soluciones en el ámbito legal estricto en los juzgados y en la SIC. Y por obvias razones el desarrollo jurisprudencial ha tenido énfasis en estos casos, especialmente en el Consejo de Estado y además la función administrativa y delegataria de la superintendencia de industria y comercio en Colombia.

Revisadas las leyes y decretos anteriormente referenciados, podemos concluir que conllevan a obligaciones de no hacer, especialmente cuando se trata de reglas de comercio, ejercidas por comerciantes o personas que se dedican profesionalmente a la actividad del comercio, quiere decir se obligan a respetar las reglas de competencia, pues se deduce que las conocen, y el caso de acción u omisión sobre el particular deben responder, civil, penal y administrativamente. Y por otro lado, están las actividades de comercio en las que participan de manera pasiva el consumidor o quien hace una actividad de comercio de manera ocasional, donde también existen responsabilidades contractuales y extracontractuales propias de cada caso. Jurídicamente podemos hablar que dentro de la teoría general de las obligaciones existen obligaciones de dar, hacer y no hacer, como se dijo, quiere decir que un comerciante por ley, se debe abstener de ciertos comportamientos comerciales para evitar que se conviertan en actos de mala fe y en consecuencia en actos desleales; o bien que generen perjuicios a cualquier otro. Pero también podemos establecer que existen ciertos actos que sin ser comerciales,

pueden generar el rompimiento del equilibrio económico de otro dónde puede haber enriquecimiento sin justa causa, pero, sin mala fe, o simple afectación del buen nombre o la marca, nuevamente sin mala fe.

Entre otras cosas, se han establecido los actos de competencia desleal de manera taxativa, pero algunos autores y la misma jurisprudencia se han manifestado, en tres aspectos específicos que encierran a mi parecer el deber ser de la norma que regula, protege y castiga la Competencia desleal, como referencia, el Buen nombre.

Al respecto, la doctrina ha establecido, que para que el acto sea determinado como competencia desleal se debe cumplir con lo siguiente:

1. Que el acto o actividad sean de efectiva competencia, es decir que el infractor y la víctima estén en una verdadera situación de rivalidad competitiva, ejerciendo la actividad comercial en la misma o análoga forma.
2. Que el acto o actividad sea indebido.
3. Que el acto sea susceptible de producir un a daño. Según Ascarelli” un acto será desleal, cuando sea idóneo para perjudicar a un empresario competidor, bastando, por lo tanto la probabilidad del daño (y no del daño efectivo) para justificar la calificación y la sanción.”, al respecto la doctrina ha sido acertada pues no solo se puede inferir daño cuando hay efectos visibles, sino cuando generan un riesgo o una incertidumbre.

El tema de la competencia ha sido regulado no sólo legal sino también constitucionalmente. Con respecto a lo primero, la ley 256 de 1996 nos informa desde sus considerandos que el objetivo de la misma es la protección de la libre competencia, bajo el principio fundamental de la igualdad y uno de ellos es la protección del buen nombre y todas sus anexidades.

Pero sería mejor decir que es la Constitución Política es la que viene a mostrarnos la importancia del nombre en su sentido genérico cuando de proteger su integridad se trata.

Competencia desleal y buen nombre visto desde la Doctrina

Que es el GOOD WIL: Es el valor agregado, el buen nombre, que se obtiene en un establecimiento comercial por la buena atención, el servicio, por la buena presentación del establecimiento, y sus empleados, por la calidad de los productos, por la ubicación, por la facilidad de acceso, por la renovación, por la variedad de ambientes de servicio etc.

Que es un activo intangible, son bienes inmateriales, pero que pueden tener una valor, que se convierte en apreciable o visible cuando es valorado y contabilizado. Esta apreciación surge como parte integral de una organización comercial, “El problema de la observabilidad y la inobservabilidad en la contabilidad” Universidad de los Andes, Venezuela. Al respecto, cita al escritor James Tobín, con el tema específico el indicador Q DE TOBIN, que consiste en una técnica desarrollada mediante el cual se mide la relación entre el valor de mercado y el valor de reposición de sus activos físicos. Se expresa lo anterior en la comprobación, que puede ser mediante datos estadísticos y la cuantificación. (Peña, Et al, 2010).

La competencia desleal ha sido conocida por los comerciantes profesionales y por comerciantes ocasionales, por la falta de lealtad comercial o los usos deshonestos o de mala fe de algunos de ellos que pueden perseguir distintos fines ilícitos, pero se han venido tratando e identificando para poderlos evitar, sancionar administrativamente y obtener una indemnización civil en caso de ser necesario. La consecuencia más especial son los fines de enriquecimiento sin causa justa, la desviación de clientela y de carácter general es el engaño al consumidor que tiene un apéndice de estudio especial en otro escenario, ya que se trata como intervención

directa del Estado a través de la S.I.C. Los fines deshonestos, fraudulentos violan los principios de igualdad, transparencia, equidad y justicia, toda vez que la actividad comercial está protegida en el Código Civil Colombiano y el Código de comercio es especialmente concreto en el tema; pero la jurisprudencia ha desarrollado más los conceptos de competencia desleal, por la variabilidad de los mismos. Por tal razón se le dio competencia administrativa y jurisdiccional a la Superintendencia de Industria y comercio para resolver administrativamente y en derecho los conflictos surgidos con ocasión de esta circunstancia, como mecanismos directos entre comerciantes y para resolver de manera rápida los problemas surgidos.

La competencia desleal es un problema jurídico que tiene varias aristas, o elementos de análisis, por lo tanto cada caso es específico, (Roa , 2008), quien afirma que el derecho a la competencia, surge como un mecanismo de protección de los comerciantes de la época en el siglo 19, por el surgimiento del liberalismo económico, y se basa en la responsabilidad civil extracontractual, al respecto, me permito hacer una reflexión sencilla pero que contextualizada, esta expresión, la realidad jurídica que implica responder por los actos propios y todo lo que se desprenda de los actos, derechos y las obligaciones de un comerciante, tienen efectos por acción o por omisión, de tal suerte que estos actos de competencia desleal, pueden generar perjuicios, que mediante el derecho subjetivo de acción se puede reclamar su indemnización o en su defecto suspensión. Esto quiere decir que la naturaleza jurídica de las reglas de la competencia desleal tiene origen en la responsabilidad civil extracontractual. (Roa, 2008, p.95).

En Colombia, la competencia desleal se regula por la ley 256 de 1996, artículo 7, reza al respecto¹ (Roa, 2008, p.96), hace la crítica sobre la complejidad en el manejo de los términos

¹ “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

de la redacción, considero necesaria la ampliación de los términos en nuestra legislación por el reciente surgimiento de los actos legislativos que protegen la propiedad y la libre competencia, que pueden dar una orientación más asertiva y positiva, y no como se pretende hacer valer o se compara con la legislación española en la ley 3 de 1991, que en su artículo 5 dice “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe^[1A1]”, sobre este artículo resulta amplio el concepto de interpretación subjetiva, que conlleva a manifestaciones jurisprudenciales propias del derecho consuetudinario, que en Colombia le falta investigar más este campo por la complejidad de algunos casos y por lo tanto se requiere como se escribió en la ley 256 de 1996, más puntualidad, para que el punto de partida del juzgador sea más claro y exacto, mientras se juntan más experiencias jurisprudenciales que den mayor seguridad jurídica, de orden interno e internacional.

¿Cómo podemos ubicar la competencia desleal y sus efectos?, debemos inicialmente reconocer la existencia de una empresa, un establecimiento comercial, un comerciante, una actividad comercial pública, que puede direccionarse a la existencia y representación que se refiere al registro en la cámara de comercio con todos los protocolos exigidos; de igual forma los registros de marca y el secreto industrial, registros en la superintendencia de industria y comercio; por ello, la competencia desleal acoge la industria y comercio en todos sus conceptos, pero de igual forma se puede inferir que el efecto de la competencia desleal implica el vínculo con el consumidor y por tanto hay variedad de efectos colaterales.

Una vez reconocido el establecimiento comercial o la actividad comercial, la marca, la patente o el nombre comercial con todos los elementos que lo componen, se observa dónde está funcionando y como lo está haciendo, es decir, en que consiste la actividad comercial y

comercial, o bien cuando este encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

¿dónde se hace su práctica comercial y cómo la hace? Al respecto, el abogado y economista estadounidense Richard Postner, hace referencia a la protección del consumidor, la correcta redistribución, la protección de los actores del mercado (competidores) y la protección de los proveedores, y además se plantea la necesaria intervención del estado por medio de las instituciones de control, vigilancia y reglamentación de la competencia, para poder mantener el equilibrio social y comercial, y así evitar sobre todo las prácticas desleales a niveles económicos más altos, que son de difícil control por los particulares; como son, los monopolios y los oligopolios, y por supuesto la posición dominante. (Posner, 2013). Al respecto, esas prácticas, de mayor alcance económico afectan directamente la economía de las PYMES (Pequeñas y medianas Industrias), siendo una de las practicas más comunes de competencia desleal, dónde solo podemos iniciar acciones de protección ante el estado, por medio de acciones directas intervencionistas y otras por acción directa de los perjudicados ante la Superintendencia de industria y comercio, superintendencia de sociedades, Confecámaras, Corte suprema de justicia y la Corte Constitucional, con acciones individuales provenientes del derecho subjetivo y cada una tiene procedimientos especiales y específicos y tienen efectos inter partes.

¿Que se busca realmente?, proteger la libre y leal competencia económica, donde se pretende el equilibrio entre comerciantes, y su participación libre en el mercado y los fines concurrenciales por acción o por omisión, y de igual forma regula a cualquier sujeto de derecho que participe del mercado y que pueda generar un desequilibrio en cualquiera de los renglones de la economía, productores, consumidores, intermediarios etc.

De lo anterior y haciendo uso de la ley stricto sensu, los actos de competencia desleal son aquellos que según la ley 256 de 1996 taxativamente lo han determinado, citando los

siguientes artículos: Artículo 7 al 19 de la ley 256 del 15 de Enero de 1996, el convenio de París, aprobado por Colombia mediante la ley 178 de 1994. “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” o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Respecto del derecho de la competencia, se han referido algunos doctrinantes, donde se manifiesta que es necesario tener en cuenta en el Derecho de la competencia dos aspectos al momento de la competencia desleal: 1. las prácticas comerciales restrictivas (Roa Reyes, Derecho comercial curso básico, 2008, pág. 97 y 98)², al respecto considero es restrictiva siempre y cuando se afecte los intereses sociales de los usuarios, esto es en su economía principalmente, como por ejemplo, cuando ocultan materiales o mercancías para encarecer un producto; y 2. La competencia desleal propiamente dicha, que en este caso es más precisa para los intereses de la investigación pues se trata de la relación directa entre comerciantes, y su participación en el mercado y hay principios que cita el mismo autor “lealtad comercial y solidaridad gremial”, no solo se refiere a libertad, a la igualdad, sino que se resalta directamente la buena fe de los comerciantes.

Se refieren de manera taxativa los actos de competencia desleal, los cuales cito de acuerdo a la ley 256 de 1996:³ Estos actos de competencia desleal taxativos nos pueden ilustrar

² Prácticas comerciales restrictivas: En donde prima como referente de protección primario el mercado del comercio, este el bien jurídico tutelado o protegido y encarna un interés público, por ende, de general importancia para el entorno social. Estas prácticas se regulan en Colombia además de la citada ley 256 de 1996, mediante la circular única (19) de 2001, en su título VII, Capítulo I que trata de la promoción de la competencia. COMPETENCIA DESLEAL PROPIAMENTE DICHA: Se defiende a los comerciantes en sus interrelaciones, se procura que la competencia entre comerciantes esta reglada por normas que defiendan la libertad para competir y la igualdad de condiciones que garantice a los participantes poder competir sanamente.

³ ARTÍCULO 7o. PROHIBICIÓN GENERAL. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los

participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se 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.

ARTÍCULO 8o. ACTOS DE DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA. Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

ARTÍCULO 9o. ACTOS DE DESORGANIZACIÓN. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

ARTÍCULO 10. ACTOS DE CONFUSIÓN. En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento.

ARTÍCULO 11. ACTOS DE ENGAÑO. En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

ARTÍCULO 12. ACTOS DE DESCRÉDITO. En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

ARTÍCULO 13. ACTOS DE COMPARACIÓN. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta Ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.

ARTÍCULO 14. ACTOS DE IMITACIÓN. La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

También 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.

directamente con el propósito de la investigación, teniendo en cuenta que si bien todos constituyen actos de competencia desleal, unos son más visibles frente al buen nombre.

- Competencia desleal para la superintendencia de industria y comercio. Fuentes jurídicas.

- Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992.
- la Ley 1340 de 2009, ley 178 de 1994
- Decreto 1080 de 1996 y Decreto 2591 de 2000, donde se reglamentan las disposiciones

ARTÍCULO 15. EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA. 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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, 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".

ARTÍCULO 16. VIOLACIÓN DE SECRETOS Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 2o. de este Ley.

ARTÍCULO 17. INDUCCIÓN A LA RUPTURA CONTRACTUAL. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.

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.

ARTÍCULO 19. PACTOS DESLEALES DE EXCLUSIVIDAD. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales.

del acuerdo de Cartagena.

- La Ley 1455 de 2011 de marcas y patentes
- La Ley de competencia desleal ley 256 de 1996
- La Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina

La superintendencia de industria y Comercio en Colombia ha tomado decisiones administrativas y con la función jurisdiccional delegataria se ha referido a casos específicos de competencia desleal.⁴

⁴ Cinco investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio a empresas que habían sido denunciadas por prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal terminaron con la imposición de sanciones y multas.

La superintendente encargada de Industria, Mónica Murcia Pérez, señaló que los resultados de estas investigaciones permitirán garantizar la eliminación de prácticas desleales y monopolísticas, ejecutadas por industriales, comerciantes y entidades oficiales.

Los casos de competencia desleal se confirmaron en las empresas Aviexpress, Intecma S.A., Comunicaciones VAR y Labcare de Colombia.

- En el caso de Aviexpress, la Superindustria impuso una sanción por 20 millones de pesos al establecer que se creó confusión con la prestación mercantil o establecimientos ajenos.

La queja contra Aviexpress había sido puesta por Aviatur, empresa que denunció actos de confusión y desviación de clientela con la prestación mercantil de servicios de correos rápidos.

A la empresa Intecma se le ordenó terminar con las conductas de competencia desleal y se le impuso una multa de 35 millones de pesos.

Para Comunicaciones VAR la multa fue de 1,5 millones de pesos. La queja fue interpuesta por Telecom, al señalar que la compañía adelantaba actos de confusión por utilizar un logotipo inspirado en el mapamundi con los colores azul y rojo que tiene registrada la compañía estatal de comunicaciones.

En el caso de Labcare la sanción fue de 30 millones de pesos y se impuso además a dos personas naturales, Alfredo Torres y Giovanna Moreno, por comprobarse desviación de clientela.

Otra de las investigaciones adelantada por la Superindustria tiene que ver con la ejecución de prácticas comerciales restrictivas.

Esta investigación se inició luego de que Anato denunciara a Ashotel y a varios hoteles de San Andrés por acordar

El Grupo de Trabajo de Competencia Desleal es una dependencia adscrita a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales que ejerce, en materia de competencia desleal, funciones jurisdiccionales que asignó a esta Superintendencia la Ley 446 de 1998.

Contra los actos de competencia desleal, le asiste a quienes se consideren afectados, el derecho de ejercer las acciones previstas en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, cuyo conocimiento compete a los jueces civiles del circuito o a la Superintendencia de Industria y Comercio, siempre que no se haya iniciado la misma acción de competencia desleal, por los mismos hechos y contra la misma persona, ante autoridad judicial distinta a esta Superintendencia, de acuerdo con los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998.

Estas acciones las decide la Superintendencia en ejercicio de funciones jurisdiccionales y a través de ellas se busca la declaratoria de deslealtad de los actos acusados, la suspensión de los mismos o la remoción de sus efectos. Adicionalmente, permiten una reparación económica, a través de la pretensión de indemnización de perjuicios. (sic,2016, p.)-----

Para poder dimensionar el alcance de esta investigación se toma como referencia analógicamente hablando lo expresado por el Consejo de Estado, respecto del daño moral y consecuentemente inmaterial. Así:

De acuerdo con la tabla creada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de

condiciones de venta para la prestación de sus servicios a las agencias de viajes que venden paquetes turísticos a la isla.

Las empresas sancionadas con esta práctica fueron Inversiones Vidal Urrea; Leonor Espinosa de Sosa, propietaria del hotel Calipso Beach; Lord Pierre Hotel; Inversiones Campo isleño; hotel Caribe Campo San Luis; Hotel Internacional Sunrise Beach y la sociedad Hotel Tiuna.

A cada hotel se le impuso una multa de 8 millones de pesos y a cada representante legal de 2 millones de pesos, según confirmó la superintendente encargada de Industria y Comercio.

2014, Exp.31172. 7.2 Tasación de los perjuicios Morales, al este respecto el precedente de la Sala indica que debe utilizarse como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

Los montos de las reparaciones se clasifican según la cercanía de los familiares con las víctimas. A mayor cercanía, mayor será el valor de la compensación económica.

Así mismo, las cuantías se graduaron teniendo en cuenta la realización o no de los tres elementos del principio de proporcionalidad.

Tabla 1.

Test de proporcionalidad

Elementos del test de proporcionalidad	Monto de las condenas para víctimas y familiares		
	Familiares en convivencia	Familiares sin convivencia	Parientes presuntos
Idoneidad	50	10	5
Necesidad	80	20	10
Proporcionalidad	100	50	25

*Valores establecidos en salarios mínimos mensuales legales vigentes.

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31172. 7.2)

Lo anterior, con empleo del *arbitrio índice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán a modo de parangón– los siguientes parámetros:

Tabla 2.**Valores de Lesiones**

Gravedad de la lesion	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31172. 7.2)

Tabla 3.

Reparación del daño mora

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

(Fuente: Consejo de Estado, 2014)

De conformidad con el análisis realizado a investigación los actos de competencia

desleal que más afectan el buen nombre o reputación comercial son: actos de desviación de la clientela, actos de descrédito, actos de imitación, explotación de reputación ajena, aunque todos los actos relacionados por la ley afectan al buen nombre, que de acuerdo con la investigación, son los actos desleales más citados que producen perjuicios al good will.

También es considerada competencia desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su desarrollo y posicionamiento en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado, es decir el tratamiento competitivo de un comerciante al participar activamente en el mercado.

La tendencia ha sido expuesta por las altas cortes en desenmarañar los problemas jurídicos con conceptos meramente técnicos y económicos, los cuales de manera directa se ha dejado al experto en valoración de empresa la determinación del precio del intangible con instrumentos de medición, que tienen variables contables y económicas principalmente, pues el resultado es en cifras, pero estos elementos no solo son económicos sino también jurídicos, como lo expresa el Docente Sergio Arboleda de las universidades Externado de Colombia y Sergio Arboleda y árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la publicación realizada en la revista el Ámbito Jurídico del 08 de abril de 2016, " El Good Will según la jurisprudencia de la corte constitucional se ha desarrollado de la siguiente manera:

"En el caso de la protección de la reputación de las personas naturales, el Constituyente consideró necesario desarrollar el núcleo esencial del derecho al buen nombre en el artículo 21 de la Constitución. Pero el núcleo esencial del artículo 15 permite también proteger a las personas jurídicas, ante la difamación que le produzcan expresiones ofensivas e injuriosas. Es la protección del denominado "Good Will" en el

derecho anglosajón, que es el derecho al buen nombre de una persona jurídica y que puede ser estimado pecuniariamente” (Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia No. T-412/92. (M.P. Alejandro Martínez Caballero/17 Julio de 1992))”.

Sobre los perjuicios materiales e inmateriales, el Consejo de Estado, en la sentencia Unificada, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, del 28 de agosto de 2014, Exp.31172 y la sentencia (C. E., Secc. Tercera, Sent. 20144, ago. 19/11, C. P. Jaime Orlando Santofimio) donde se ha resaltado un test para la valoración de perjuicios, para facilitar la aplicación de las normas al momento de valorar los perjuicios en la llamada indemnización integral, con arreglo a las tablas de valoración según sea el daño, y el principio de igualdad material para todos y la responsabilidad contractual o extracontractual, en los siguientes términos:

Los puntos polémicos que me motivan en esta investigación tienen fundamento en la constitución política, la ley y las buenas costumbres, esencialmente basados en los principios de la buena fe, la libre empresa, la libre competencia y posicionamiento en el mercado, esto en razón de la reputación mercantil, cuando es afectada por un acto de competencia desleal.

En el siguiente capítulo, para poder evaluar y observar el comportamiento de las actuaciones jurisprudenciales, de las altas cortes se escogieron sentencias referentes frente al manejo que se ha dado a los perjuicios por actos de competencia desleal contra el buen nombre o reputación comercial, se tomó como modelo de análisis jurisprudencial el utilizado por el Doctor Bernal Pulido y Diego López Medina, que lo cita en su libro el Derecho de los Jueces, en la primera parte de la interpretación como referencia (López, p.213)⁵.

⁵ Descartados los argumentos ilegítimos, el juez debe, por regla general, aplicar la subregla Constitucional vigente al caso análogo que le la haya sido presentado. El primer paso en este proceso es justamente identificar de manera técnica la doctrina Constitucional vigente dentro de la línea de precedentes. SEGUNDA TECNICA LEGITIMA DE INTERPRETACION DEL PRECEDENTE: LA DISTICION ENTRE LA RATIO DECIDENDI Y OBITER

Capítulo II: ¿Cómo se ha abordado el problema de la tasación o cálculo de los perjuicios por actos de competencia desleal en las altas cortes?

3. Análisis Jurisprudencial.

La estructura del análisis jurisprudencial propuesto en este trabajo aborda varias instituciones jurídicas, pero se resalta la temática referente a los actos de competencia desleal que afectan el buen nombre o reputación comercial, los criterios que se han tratado por las altas cortes pero que involucran la responsabilidad, el dolo o mala fe, la calidad de comerciante y sus derechos y obligaciones, el daño y consecuencia de este el perjuicio, y el manejo de la indemnización integral, con las diferentes variables.

Dentro de la estructura del análisis jurisprudencial hecho en su metodología por Carlos Bernal Pulido sirve como guía para trabajar nuestro análisis de forma ordenada y sistemática, estableciendo parámetros aplicados en igual medida a todas las sentencias de la muestra, y posteriormente se buscaran criterios de selección jurisprudencial, según la pertinencia, relevancia, idoneidad y demás señalados en el primer capítulo los cuales son referentes en el tema de investigación y objetivo propuesto.

Por otra parte esta selección jurisprudencial, será organizada en sus definiciones, conceptos y consideraciones legales del análisis jurisprudencial según el modelo Bernal Pulido con el fin de identificar el problema jurídico, en razón a su manejo en las decisiones judiciales principalmente del Concejo de Estado, la corte Suprema de Justicia y la Superintendencia de industria y comercio en su función delegataria, desde la *obiter dicta* y la *ratio decidendi* y por

DICTUM. La corte Constitucional Colombiana empieza a utilizar desde el año 1999, de manera más o menos sistemática, las nociones de *ratio decidendi* y *obiter dictum*.(217,Lopez Medina)

supuesto los salvamentos de voto, si los hubiere.

Teniendo en cuenta que también hay manifestaciones administrativas sobre el tema en comento, solo nos referiremos desde un punto de vista preventivo de la SIC (Superintendencia de Industria y Comercio), e intervencionista cuando hay régimen sancionatorio, que pueden ser a petición de parte, pero que no llegan a solicitarse la indemnización de perjuicios, pero como se dijo se pueden generar multas.

Teniendo la estructura del análisis jurisprudencial definido, en lo gramatical, dogmático y metodológico, estos serán presentados en los cuadros de análisis correspondientes.

También para poder evaluar y observar el comportamiento de las actuaciones jurisprudenciales de las altas cortes frente al manejo que se ha dado a los perjuicios por actos de competencia desleal contra el buen nombre o reputación comercial, se tomó como modelo de análisis jurisprudencial el utilizado por el Doctor (López, 213) que lo cita en su libro el Derecho de los Jueces, en la primera parte de la interpretación⁶.

⁶ Descartados los argumentos ilegítimos, el juez debe, por regla general, aplicar la subregla Constitucional vigente al caso análogo que le la haya sido presentado. El primer paso en este proceso es justamente identificar de manera técnica la doctrina Constitucional vigente dentro de la línea de precedentes. SEGUNDA TECNICA LEGITIMA DE INTERPRETACION DEL PRECEDENTE: LA DISTICION ENTRE LA RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTUM. La corte Constitucional Colombiana empieza a utilizar desde el año 1999, de manera más o menos sistemática, las nociones de ratio decidendi y obiter dictum.(217,Lopez Medina)

A su vez para abordar con más precisión este tema acogemos lo dispuesto por Bernal Pulido así:

4. Metodología de Carlos Bernal Pulido.

Los jueces constitucionales, ordinarios y delegatarios están sometidos al imperio de la ley; y a la jurisprudencia emitida por las altas cortes, las cuales son: la Corte Suprema de Justicia, la Corte constitucional y el Consejo de Estado; este último, es el máximo órgano administrativo encargado de resolver las controversias que se presenten en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio en la función jurisdiccional delegataria con el fin de determinar cuál es el alcance que se le ha dado a la valoración del perjuicio por actos de competencia desleal por la categoría citada, es decir que atente contra el buen nombre o reputación comercial y por supuesto a las decisiones por vía jurisdiccional de carácter civil y comercial.

La guía académica se basó en el libro el Derecho de los Derechos de Bernal Pulido y El Derecho de los Jueces del autor Diego López Medina, donde se expone que la obligatoriedad del precedente radica en la *ratio decidendi* establecida en las sentencias (Bernal Pulido, 2005); así mismo, sostuvo el autor Bernal:

Las sentencias de las altas cortes – no sólo las de la Corte Constitucional, sino también las de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado- deben respetarse, no por ser precedente judicial- pues son simple criterio auxiliar-, sino porque de ello depende el respeto al derecho fundamental a la igualdad y la garantía de coherencia en el ordenamiento jurídico y en el sistema judicial. (P. 61)

Por tal motivo, al momento de analizarse una sentencia emitida por una de las Altas Cortes, es necesario determinar el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*; los cuales se

definen de la siguiente manera según el autor Carlos Bernal Pulido:

- *Decisum*: hace referencia al fallo emitido por el juez; o la solución otorgada para el caso concreto objeto de estudio.
- *Ratio decidendi*: mediante esta se establece el precedente judicial, debido a que tiene fuerza vinculante; siendo aquella que contiene las razones jurídicas, reglas, sub reglas, y principios base de la decisión judicial; por tal motivo, guardan estrecha relación con la parte resolutive; lo cual hace que sea obligatoria para las autoridades.
- *Obiter dicta* o “*dichos de paso*”: es un concepto teórico auxiliar que sirve para resolver el caso; estos serán tenidos en cuenta al momento de tomar la decisión, pero en ningún momento llegarán a ser vinculantes directamente. (P. 177).

La necesidad de abordar el análisis jurisprudencial en concordancia como lo ha venido haciendo el Consejo de estado reafirma los conceptos desde un punto de vista cualitativo, en donde estos se identifican y se unifican, para lo cual esta metodología encaja de manera precisa. Esto se puede evidenciar en la posición que adoptó El Consejo de Estado sobre la valoración de la reparación de los daños morales o inmateriales, lo cual unificó el concepto de reparación integral, mirando el daño moral mediante tablas de indemnización con variables fijas, limitando la posibilidad de la existencia de fallos desproporcionados o irrisorios (lo resaltado es de mi escrito); mediante la sentencia creada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31172. 7.2 Tasación de los perjuicios Morales.

De acuerdo a lo expuesto es necesario expresar la pertinencia del método utilizado, por Bernal Pulido por el uso de esta metodología por su compatibilidad, por aparición de aspectos

relevantes en la sistematización de la información para su análisis.

4.1 Selección jurisprudencial.

Tipo de responsabilidad – civil extracontractual- tipo de daño - acto de competencia desleal contra el buen nombre o reputación comercial, desviación de clientela, explotación de reputación ajena, confusión, descredito, pérdida de oportunidad, tipo de perjuicio (Patrimonial, moral, derechos subjetivos)

Las sentencias emitidas por el Consejo de Estado halladas en la relatoría de este máximo órgano fueron seleccionadas de acuerdo a los criterios que se relacionan a continuación, los cuales fueron escogidos teniendo en cuenta la pertinencia y conducencia de los mismos frente a la información relevante para el cumplimiento del objetivo del trabajo:

- Sentencias referentes al tema de competencia desleal, subtema perjuicios contra el buen nombre o reputación comercial más específicamente actos de competencia desleal contra el buen nombre o reputación comercial (lo subrayado es de mi escrito) y los criterios utilizados por las altas cortes para determinar perjuicios.

De lo anterior se señalaron cuarenta (40) sentencias; quedando así, mediante un filtro restrictivo solo diez, referentes a los actos de competencia desleal contra la reputación comercial; radicando así el problema central en la forma de concentrar las decisiones administrativas y judiciales para lograr el equilibrio de las cargas o la indemnización integral, en este caso por lo ya expuesto; mediante el análisis de cada uno de estos y su aplicación en cada caso concreto. La carga probatoria inicialmente le corresponde al demandante, y a su vez localizar la fuente y el nexo causal, en el tiempo.

Como corolario de capítulo se pudo establecer que en el año 1940 se empieza a hablar de perjuicios contra el Good Will por actos de competencia desleal en el Consejo de Estado y

posteriormente se revisaran sentencias que han resuelto temas similares.

Realizando una análisis detallado de cada una de las sentencias, se logra establecer que la decisión no es aplicada desde el momento de su promulgación en instancias judiciales en fecha última en la que aparecen registradas las sentencias referentes a actos de competencia desleal, en la relatoría del Consejo de Estado en la Corte Suprema de Justicia y en la Superintendencia de Industria y Comercio, esto quiere decir que el perjuicio puede continuar y por lo tanto quedarían sin determinar claramente los mismos. De este aspecto es rescatable la importancia de ubicar en el tiempo, modo y espacio el daño y determinarlo a partir de un proceso lógico y para poder calcular el perjuicio.

4.2. Punto de valoración

Dentro de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado y la SIC objeto de análisis en la presente investigación, se tiene en cuenta los requisitos desarrollados en cada una de estas para conceder el derecho o negarlo, pero se observa que el buen nombre se ha venido tratando de diferentes maneras según el caso sub examine, pero en síntesis se puede afirmar que se pretende establecer la relación jurídica entre el daño y el perjuicio direccionado con la voluntad o la intención del sujeto activo de la violación de los derechos civiles y comerciales de otro comerciante. Conforme a esto, se determinara el criterio más utilizado en todas las decisiones para resolver esta clase de procesos contenciosos y determinar la cuantificación del perjuicio.

En consideración a lo anterior, se realizó la búsqueda de sentencias relativas y con temas similares al abordado en el presente trabajo, dentro del buscador de la Corte suprema de justicia y la SIC. Dicha búsqueda resultó en la identificación de 40 sentencias en total en donde se coincidía con algún parámetro de búsqueda por palabras clave. El primer filtro utilizado fue el temporal, reduciendo las sentencias elegibles a 35. Posteriormente, 25 se realizó una selección

de barrido por temas, escogiendo los procesos que han sido resueltos por perjuicios contra la reputación mercantil por las diferentes causales para su selección en las sentencias más recientes, esto en relación a la aplicación de los criterios de selección establecidos, además teniendo en cuenta la pertinencia y la conducencia del contenido de la sentencia en relación con el objetivo del trabajo.

Tabla 4

Filtros de selección jurisprudencial

Momento	Sentencias Elegibles	Concepto del filtro
Resultados de la Búsqueda	40	Búsqueda temática por palabras clave, Consejo de Superintendencia de industria y comercio, Corte Suprema de justicia.
Aplicación del Filtro 1	25	Filtro temporal de competencia desleal
Aplicación del Filtro 2	10	Aplicación integral de los actos de competencia desleal contra la reputación comercial filtros temáticos preseleccionados

Teniendo en cuenta la importancia de cada una de las sentencias analizadas, por las razones de su pertinencia y conducencia antes explicadas, relacionamos a continuación el consolidado de sentencias analizadas, según el marco cronológico de su expedición siendo la más nueva en el tiempo la última en relacionarse.

Sumado a lo anterior, este resumen permite al lector una mejor comprensión de los cuadros de análisis que le serán presentados en la siguiente sección, desde el punto de vista práctico para su lectura y teórico frente a los conceptos relevantes tratados en cada una de las sentencias analizadas.

Tabla 5
Resumen de selección jurisprudencial

N°	Fecha solicitud	Demandante	Fecha sentencia	Decisión	Acción
1	15-02-1994	HENRY A. PULIDO BARON y DANILO A. MELO PULIDO	19/11/1999	C.S.J. No casa	Nulidad y restablecimiento del derecho
2	03-06-2006	CENTRO OCULAR DE MIOPIA DR. RINCÓN E.U.	11/03/2011	SIC, Delegataria, Reconoce actos de competencia desleal	Declaración de competencia desleal y revisión
3	2004	FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, en contra del INSTITUTO DEL CORAZÓN DEBUCARAMANGA S.A.	04/05/2011	Superintendencia de Industria y Comercio Delegataria. Niega pretensiones	Competencia desleal por desviación de clientela.
4	2013	Máquinas y Montacargas Equiparse S. A. S.	18/07/2013	C.S.J. Niega Tutela	Protección del derecho al trabajo y al
5	2009	Industria Nacional del Resorte Limitada	23/02/2012	C.S.J.	Recurso extraordinario de revisión

6	2012	SINTECO S.A.	19/12/2011	SIC- DELEGATARIA	Declaración de actos de competencia desleal
7	2003	Adriana Escobar Ospina Vs	17/11/2010	SIC- DELEGATARIA. Negó pretensiones	Demanda por Existencia de actos de competencia desleal
8	2003	ORBITEL S.A. ESP VS MUNDI WEB EU	29/06/2010	SIC. Delegataria. Declaración de culpa	Solicita declaración de competencia desleal.Y reconven
9	2003	UNILEVER ANDINA COLOMBIA LTDA. Vs Procter & Gamble Colombia Ltda.	29/06/2010	SIC Delegataria Demanda de reconvencción	Declaración de actos de competencia desleal. Reconven
10	2003	SOCIEDAD INDUSTRIAL TECHNOLOGIES S.A y otro (reconvencción) NUEVOS RECURSOS LTDA y PROMOTORES FINANCIEROS LTDA Sentencia No. 5137. Expediente 09087355	31/08/2012	SIC Delegataria Demanda de reconvencción	Declaración de actos de competencia desleal. Peritazgo- perjuicios.

4.4 Información de las Fichas técnicas de los análisis jurisprudenciales.

La información recolectada de cada una de las sentencias será clasificada según los

siguientes espacios en concordancia con los criterios de selección escogidos para este fin. La información de cada una de las sentencias serán clasificadas en información de identificación, de estructuración de la Litis, considerando interpretación prejudicial, contenido jurisprudencial y decisión.

En un primer momento, la información de identificación de la sentencia permite una correcta e inequívoca individualización y caracterización de los elementos únicos de la sentencia, tanto frente a su radicado e información institucional, como a la identificación de las partes en el proceso y la acción incoada en sí misma.

La información relativa a la estructuración de la Litis, es base para la construcción del análisis jurisprudencial, pues permite establecer el alcance de la sentencia enmarcándola y enfocándola desde el problema jurídico que la sentencia pretende resolver.

- Decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio o la C.S.J. que generó el conflicto
- Pretensiones de la parte demandante y demandada si es directo por justicia ordinaria.
- Área de la Competencia desleal reconocida taxativamente
- Normas violadas
- Problema jurídico
- Hechos destacados

La interpretación prejudicial en las sentencias relativas a la COMPETENCIA DESLAEAL se ha convertido en un procedimiento indispensable para la decisión final tomada especialmente por el Consejo de Estado, la CSJ y la SIC, frente a los perjuicios, como se expondrá posteriormente en el trabajo, del desarrollo doctrinal que el alto Tribunal y la sala jurisdiccional (delegada) de la SIC se refiere a identificar la existencia de los actos de competencia desleal, y como consecuencia de estos los actos de los comerciantes que afectan el

buen nombre han sido tratados a través del tiempo como un concepto de experticia de profesionales en valoración de empresa.

Finalmente, la *Ratio Decidendi*, los precedentes jurisprudenciales, el *Obiter Dicta*, el salvamento de voto y el resuelve son los componentes de la sección de contenido jurisprudencial y decisión final, de la cual extraeremos los datos y conceptos fundamentales para su posterior estudio y delimitación. Por lo dicho se realizan las fichas técnicas de acuerdo a la selección:

4.5 Fichas técnicas de los análisis jurisprudenciales realizados. La afectación al buen nombre por actos de competencia desleal.

Tabla 6

Análisis de sentencia corte suprema de justicia

Corte suprema de justicia Sala de casación civil y agraria			
Radicado:	Expediente No. 5091	Fecha decisión:	19/11/1999
Magistrado ponente:	Dr. José Fernando Ramírez Gómez		
Referencia:	Henry A. Pulido Barón y Danilo A. Melo pulido contra Simon Batle C. H.		
Competencia:	Jurisdicción ordinaria- civil		
Acción:	Recurso de casación		

Partes en el proceso:	Demandante:	Henry A. Pulido Barón y Danilo A
	Demandado:	Simon Batle Coll.
Frente a la Litis		
Pretensiones:	Que se declare al demandado que ha incurrido en actos de Competencia Desleal al emplear medios y sistemas como es el uso de la Enseña Comercial SALSAMENTARIA IBERIA, encaminados a crear confusión con el establecimiento de comercio CARNES IBERIA" de propiedad de los demandantes. Consecuentemente se pretendió que el y que fuera condenado a pagarle a los demandantes los perjuicios padecidos y conminado con multas sucesivas de cincuenta mil pesos (\$50.000).	
Normas violadas:	Artículos 75, Artículos 583, numerales 4 y 5, 607 y 611 del código de comercio, decisiones de la comisión del acuerdo de Cartagena	
Problema jurídico:	Determinar si se presentó la competencia desleal frente a los actos producción de actos capaces de originar confusión, desviación o desorganización; la efectiva confusión, desviación o desorganización en relación con el establecimiento de comercio en verificación	
Hechos destacados:	<p>Que por repartimiento correspondió al Juzgado 11 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, HENRY A. PULIDO BARON y DANILO A. MELO PULIDO, mediante apoderado judicial demandaron a SIMON BATLE COLL, para que previos los trámites del proceso ordinario, se declarara que el demandado "ha incurrido en actos de Competencia Desleal al emplear medios y sistemas como es el uso de la Enseña Comercial SALSAMENTARIA IBERIA, encaminados a crear confusión con el establecimiento de comercio CARNES IBERIA" de propiedad de los demandantes. Consecuentemente se pretendió que el citado demandado fuera condenado a pagarle a los demandantes los perjuicios padecidos y conminado con multas sucesivas de cincuenta mil pesos (\$50.000), convertibles en arresto, para que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal que dieron origen a la demanda.</p> <p>Los actores son propietarios del establecimiento de comercio identificado con la "enseña" comercial CARNES IBERIA, cuya sede principal está ubicada en la ciudad de Santafé de Bogotá.</p> <p>La actividad principal del establecimiento en mención, es la comercialización de los productos comprendidos en la clase 29 del artículo 2 del Decreto 755 de 1972, especialmente carnes y sus productos afines.</p>	

El demandado "con mucha posterioridad, abrió al público un establecimiento de comercio identificado con la Enseña Comercial SALSAMENTARIA IBERIA y el cual está dedicado exactamente a las mismas actividades del establecimiento de comercio CARNES IBERIA...".

Los demandantes han solicitado reiteradamente al demandado que modifique su "enseña" comercial, con resultados negativos. Los actores fueron quienes primero usaron la enseña comercial "CARNES IBERIA".

Por auto del 1o. de octubre de 1991 el Juzgado 11 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá inadmitió la demanda, para que se aclararan "las pretensiones en concordancia con los hechos y aclarar el procedimiento a seguir, así como las medidas cautelares". Dicha deficiencia fue enmendada oportunamente por la parte actora, mediante escrito obrante a folios 20 y s.s. id. en el cual se dijo que se trataba de una demanda de competencia desleal, de conformidad con los artículos 75 y 76 del C. de Co. Admitida la demanda por auto del 31 de octubre de 1991 se notificó su admisión y corrió el respectivo traslado al demandado quien por intermedio de apoderado judicial la contestó oponiéndose a las pretensiones y proponiendo como excepciones de fondo la "Coexistencia pacífica de las enseñas por más de trece (13) años" y "Falta de calidad de comerciante por el señor DANILO A. MELO P.". En cuanto a los hechos negó el 1o., 8o. y 9o., respecto del 3o. manifestó que debía probarse y en cuanto a los demás dijo que eran parcialmente ciertos. Además, propuso como excepción previa la falta de competencia.

La primera instancia se definió por sentencia del 15 de julio de 1993 por medio de la cual se negaron las pretensiones. Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso el recurso de apelación que desató el Tribunal mediante sentencia de 15 de febrero de 1994, confirmatoria de la del a quo.

CONSIDERANDOS.

Ratio Decidendi.

En el presente caso se debate la posible competencia desleal por confusión proveniente de la utilización de un nombre similar al del establecimiento comercial del actor. Al examinar la sentencia impugnada halla la Corte que ella se finca en tres razones argumentativas, así: a) si la enseña está constituida por la conjugación de elementos gráficos y textuales, la sola coincidencia de la palabra Iberia resulta insuficiente para configurar una semejanza idónea para confundir al público, habida cuenta que las diferencias superan ampliamente la coincidencia, como se colige de la "descripción hecha por las partes al momento del depósito y corroborada por los documentos aportados al proceso"; además, agrega, las expresiones "carnes" y "salsamentaria", pese a referirse a una misma actividad económica, reflejan una diferencia, por cuanto la segunda da una idea inequívoca acerca del centro de la actividad, cual es el expendio de carnes procesadas, la que se descarta respecto de la primera, b) para prosperar una demanda por competencia desleal "debe acreditarse el deliberado propósito que inspira al demandado", y c) también debe demostrarse "el daño padecido por el demandante" como algo "tangible", de lo

cual tampoco hay evidencia. Precisado lo anterior, de entrada, advierte la Sala que los cargos así propuestos no están llamados a prosperar, pues los mismos adolecen de un grave defecto de técnica que impide a la Corte estudiar el fondo del asunto.

Obiter Dicta.

“En relación con la conducta descrita por el num. 1 del art. 75, ..para su configuración no se exige que haya perjuicio o efectiva confusión, pues para el reproche por competencia desleal basta verificar la existencia de medios o sistemas idóneos o aptos para crear la confusión con el competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o sus servicios. Además, dicho precepto en su concepción general, no siempre exigía el 'deliberado propósito' o conducta intencional del competidor demandado (dolo), como parece entenderlo el Tribunal, pues como en otras ocasiones lo ha predicado la Corporación (Sent. de 12 de septiembre de 1995), una conducta culposa, cualquiera sea la gravedad de la misma, resulta suficiente*

"De otro lado, como ya se anotó, los arts. 75 y 76 del C. de Comercio no exigen un resultado finalístico de efectiva confusión, desviación o desorganización de la clientela o de la empresa o del mercado, para la procedencia de la acción por competencia desleal. Conforme a estas normas, sólo se requería la utilización o ejecución de medios o sistemas que tuvieran la potencialidad real para confundir, desviar o desorganizar, por cuanto la tutela jurídica no solamente se confería para pretender la indemnización de los daños causados, sino también para ponerle fin a los efectos nocivos de desorganización, desviación o confusión, y suprimir o abolir todos los comportamientos que puedan llevar a tales situaciones, disponiendo su cesación y conminando para evitar una ulterior repetición.

"Como igualmente lo ha expuesto la Corporación, son tres las etapas que pueden constituir el iter de la competencia desleal: la producción de actos capaces de originar confusión, desviación o desorganización; la efectiva confusión, desviación o desorganización como consecuencia de tales actos, y la generación de perjuicios reales y cuantificables con causa en las situaciones anteriores. Desde luego que la acción que ampara la libre competencia, excluyendo los factores de perturbación (competencia desleal), procede desde la primera etapa con independencia de la efectiva confusión, desviación o desorganización y de la real causación de perjuicios, pues estos sólo son indemnizables en tanto se hayan producido y sean cuantificables en dinero. De modo que cada etapa ofrece naturalmente la pretensión para debatir, así: en la primera se pretenderá hacer cesar los comportamientos con la potencialidad vista, y en la segunda y tercera, ponerles fin a los efectos nocivos y obtener el resarcimiento del daño padecido".

Resuelve

NO CASA la sentencia del 15 de febrero de 1994, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ordinario adelantado por HENRY ANTONIO PULIDO BARON y DANILO A. MELO PULIDO frente a SIMON BATLE COLL.

4.6 Análisis jurisprudencial sic

Tabla 7

Análisis jurisprudencial sic

Ministerio de comercio, industria y turismo superintendencia de industria y comercio delegatura para asuntos jurisdiccionales grupo de trabajo de competencia desleal		
Radicado:	Expediente 06096876	Fecha decisión: 11/03/2011
Superintendente:	Dionisio Manuel De La Cruz Camargo	
Referencia:	Decídase la acción de competencia desleal promovida por “Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón E.U.” contra Harley Caicedo Uribe, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio “Comercializadora de Servicios Médicos Generales y especializados Estar Bien y Carlos Rincón Barreto”,	
Competencia:	Asuntos jurisdiccionales de competencia desleal.	
Acción:	Acción de competencia desleal	
Partes en el proceso:	Demandante:	centro ocular de miopía Dr. Rincón E.U.
	Demandado:	Harley Caicedo Uribe en su calidad de propietario del establecimiento de comercio comercializadora de servicios generales y especializados estar bien y Carlos Rincón Barreto.
Frente a la Litis		
Pretensiones:	La parte demandante, en ejercicio de la acción declarativa y de condena, solicitó que se declare que los demandados incurrieron en los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7º (prohibición general) y 12º (des crédito), se les ordene abstenerse de hacer afirmaciones desleales, mentirosas y deshonestas contra la empresa demandante y se les condene a indemnizarle los perjuicios causados. En adición, requirió que se disponga la rectificación de la información difundida en la cuña radial objeto de la demanda, de tal manera que los demandados informen “en dos mil (2000) cuñas, difundidas a través de todas las emisoras de la ciudad de Pasto”, que “El Centro Ocular de Miopía Dr.	

	Rincón no solo está autorizado, sino que es el único que puede utilizar el nombre “Dr. Rincón” para el mercado del que se trata, es decir los servicios de medicina ocular.
Normas violadas:	Violación del postulado general de la buena fe (art. 7º) y descrédito (art 12º) contemplados en la ley 256 de 1996.
Problema jurídico:	El presente proceso impone determinar si el eventual incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por el comprador de un establecimiento de comercio, resulta causal suficiente para difundir, por parte del vendedor, un mensaje a través del cual se desautoriza al primero para usar en el mercado el nombre comercial del establecimiento que adquirió.
Hechos destacados:	<p>La parte demandada afirmó que el día 21 de diciembre de 1999, el médico Carlos Arturo Rincón Barreto (Dr. Rincón) transfirió a título de propiedad a Héctor Gilberto Castillo Contreras, la totalidad del establecimiento de comercio denominado “Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón”, incluido el procedimiento quirúrgico oftalmológico así como el nombre comercial del mismo “Dr. Rincón”. Señaló la parte actora que en dicho contrato de compraventa, Carlos Arturo Rincón Barreto se comprometió, en calidad de asesor científico, a estar atento a los requerimientos que el comprador le hiciera de manera verbal o escrita, a permitir el buen uso del nombre en todo lo que tuviera que ver con publicidad y promoción para el desempeño del establecimiento, así como a formar el equipo médico y científico que se requiriera para el “Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón”. Correlativamente, Héctor Gilberto Castillo Contreras, en su calidad de comprador, se obligó a pagar a Carlos Arturo Rincón Barreto el 12% sobre el valor del ingreso neto recibido por el centro, en contraprestación a la asesoría científica y a las cirugías de “queratotomía radial” y “cirugías de rayos láser” realizadas. Preciso la demandante que una vez adquirido ese establecimiento de comercio, el señor Héctor Gilberto Castillo Contreras, registró la marca “Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón” ante la Superintendencia de Industria y Comercio, que obtuvo el día 30 de marzo de 2001, habiendo constituido, posteriormente, el día 20 de mayo de 2002, la empresa unipersonal, denominada “Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón E.U”. El 22 de enero de 2003 cedió por escritura pública, la totalidad del mencionado establecimiento a la señora Teresa Sánchez, representante legal de la demandante y que, desde ese día, también se transfirió la marca “Dr. Rincón” a la referida persona jurídica. Agregó que desde el año 2000 los servicios oftalmológicos del Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón, fueron de público conocimiento en la ciudad de Pasto y que durante los años 2005 a 2006, tuvo un importante despliegue en los medios de comunicación (prensa y radio) de esa ciudad. Sin embargo, manifestó que los demandados, a sabiendas de estos hechos, hicieron uso de una publicidad durante los días 3 y 4 de junio de 2006, a través de las emisoras de la ciudad de Pasto, con la cual se desacreditó su actividad, al difundir una cuña radial en donde se desautorizaba el uso del</p>

nombre “Dr. Rincón” a toda persona que no fuera “Comercializadora de Servicios Médicos Generales y Especializados Estar Bien”. 1 Concluyó la accionante, que esta publicidad le causó un grave perjuicio como quiera que los clientes actuales y potenciales del “Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón”, con ocasión de la realización de la Brigada de Salud Visual llevada a cabo en la ciudad de Pasto los días 3 y 4 de junio de 2006, luego de oír la cuña radial, comenzaron a cuestionar la legitimidad de dicho establecimiento y a retirarse de él, al no entender porqué el Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón E.U, no estaba autorizado por el mismo Doctor Carlos Arturo Rincón Barreto para usar el nombre “Dr. Rincón”,

Considerandos.

Ratio Decidendi.

Teniendo en cuenta que la conducta ejecutada por los demandados Carlos Arturo Rincón Barreto y Harvey Caicedo Uribe como propietario de Comercializadora de Servicios Médicos Generales y Especializados Estar Bien - consistente en difundir a través de una emisora de la Ciudad de Pasto una cuña radial que contenía afirmaciones potencialmente aptas para generar un efecto nocivo sobre el establecimiento del demandante, que a la postre lograron deacreditar su actividad, esto es, los servicios médicos especializados, resultó constitutiva del acto de competencia desleal contemplado en el artículo 12o de la Ley 256 de 1996 y por tanto se ordenará la rectificación de la información difundida a través de la mencionada cuña radial

Obiter Dicta.

Actos de Descrédito (artículo 12° Ley 256 de 1996) El artículo 12 de la ley de Competencia Desleal refiere “(...) se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas la omisión de las SENTENCIA NÚMERO 013 DE 2011 Hoja N°. 8 verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.” Según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal, para que la conducta de un empresario pueda considerarse como desacreditadora de las prestaciones o actividad empresarial de un competidor, es preciso que se lleven a cabo la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas e impertinentes y que resulten, aptas, objetivamente, para perjudicar el prestigio o buen nombre de otro agente en el mercado. A su vez, es necesario que las actuaciones de descrédito, independientemente del medio de difusión que se utilice para tal fin, sean públicas, esto es, que se dirijan a determinadas personas, se realicen en el seno de un determinado colectivo o, vayan dirigidos al público en general, logren o no su objetivo, puesto que basta el elemento de potencialidad, riesgo o peligro que facilite el descrédito del competidor. De acuerdo con lo expuesto, es preciso partir por subrayar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 516 del Código de Comercio , la venta de un establecimiento de comercio incluye todos su elementos, de

tal manera que la enajenación del “Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón”, por parte de Carlos Arturo Rincón Barreto el día 21 de diciembre de 1999 al señor Héctor Gilberto Castillo Contreras, incluyó el nombre comercial del mismo y, por ello, se autorizó expresamente el uso del mismo a su adquirente. Así las cosas, para efectos del desarrollo de la actividad mercantil de la prestación de los servicios médicos, a través del establecimiento de comercio “Comercializadora de Servicios Médicos Generales y Especializados Estar Bien”, era lógico y natural que Héctor Gilberto Castillo Contreras, como propietario del referido bien y posteriormente la sociedad demandante, pudieran hacer uso del nombre “Dr. Rincón.”

Resuelve

1. Declarar que los señores Harley Caicedo Uribe, en su calidad de propietario de la “Comercializadora de Servicios Médicos Generales y Especializados Estar Bien” y el señor Carlos Arturo Rincón Barreto, incurrieron en el acto de competencia desleal de descrédito contemplado en el artículo 12o de la Ley 256 de, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. 2. Ordenar a la parte demandada que rectifique a través de una emisora de alta aceptación en Pasto, en el mismo horario, con la misma intensidad y durante dos (2) días, la información difundida a través de la cuña radial emitida los días 3 y 4 de junio de 2006 en una emisora de esa ciudad y proceda a aclarar que el mensaje transmitido por radio durante esos días, respecto del uso de la expresión “Dr. Rincón” no corresponde a la realidad, en tanto que la persona jurídica demandante está autorizada para el referido uso. Para lo cual se le concede el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia. 3. Denegar las pretensiones elevadas por la empresa unipersonal Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón E.U., en relación con los actos desleales contemplados en el artículo 7º (prohibición general) de la ley 256 de 1996, así como la indemnización de perjuicios, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.

Tabla 8.

Análisis jurisprudencial sic

Ministerio De Comercio, Industria Y Turismo Superintendencia De Industria Y Comercio Despacho Del Superintendente De Industria Y Comercio		
Radicado:	Expediente 04088800	Fecha decisión: 02/02/2009
Superintendente:	Gustavo Valbuena Quiñones	
Referencia:	Fundación Cardiovascular De Colombia, En Contra Del Instituto Del Corazón De Bucaramanga S.A.	

Competencia:	Asuntos jurisdiccionales de competencia desleal.			
Acción:	Acción de competencia desleal			
Partes en el proceso:	Demandante:	Fundación	Cardiovascular	De
		Colombia		
	Demandado:	Instituto	Del Corazón	De
		Bucaramanga S.A.		
Frente a la Litis				
Pretensiones:	<p>La demandante indicó que sus pretensiones corresponden a las establecidas para la acción declarativa y de condena, de conformidad con el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, por lo cual solicitó que se declarara que su contraparte cometió los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7°, 8°, 10°, 11, 14 y 15 de la Ley 256 de 1996. Consecuencialmente, pidió que se prohibiera a la demandada y a sus administradores el uso del nombre comercial “Instituto del Corazón de Bucaramanga”, así mismo, el empleo de su logo, su forma de presentar información y de prestar sus servicios. De igual modo, requirió que se le ordenara a la pasiva retirar todos los elementos que dan lugar a la realización de los actos de competencia desleal denunciados (la enseña comercial de su establecimiento de comercio, papelería, brochures, embalajes, etiquetas, etc.).</p>			
Normas violadas:	artículos 7°, 8°, 10°, 11, 14, 15, y 20 de la Ley 256 de 1996.			
Problema jurídico:	Determinar si el instituto del corazón de Bucaramanga utiliza el nombre y logo en la reiteración de actos de competencia desleal como establecimiento de comercio del sector salud.			
Hechos destacados:	<p>Adujo la accionante que la Fundación Cardiovascular de Colombia (antes Fundación Cardiovascular del Oriente Colombiano) es una entidad sin ánimo de lucro constituida mediante escritura pública No. 2267 del 30 de julio de 1986, otorgada en la Notaría 4ª de Bucaramanga; que sus instalaciones están ubicadas en el edificio Instituto del Corazón Propiedad Horizontal, y que es titular en Colombia del nombre comercial “FCV Instituto del Corazón”, signo distintivo que depositó ante la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con la resolución expedida por esta entidad el 14 de octubre de 2003. Conforme apuntó, el referido depósito ampara servicios de “asistencia médicoquirúrgica especializada en la prevención, diagnóstico, tratamiento, seguimiento y rehabilitación, de enfermedades cardiovasculares tanto de niños como en adultos, servicios de educación y esparcimiento, actividades científicas, culturales, recreativas,</p>			

deportivas. Suministro de instalaciones para reuniones y conferencias, exhibiciones, suministro de hospedaje y alojamiento temporal. Servicios prestados a terceros, Telecomunicaciones, comprendidos en las clases 38, 41, 42, 44 y 45 de la Clasificación Internacional de Niza” (fl. 3, cdno. 1). Aseveró la actora que el 7 de marzo de 2003, algunos de los médicos especialistas que estuvieron vinculados a través de contratos de trabajo a la Fundación Cardiovascular de Colombia, constituyeron, de manera furtiva y mientras estaba vigente la referida vinculación laboral, la sociedad mercantil Instituto del Corazón de Bucaramanga S.A., cuyo

objeto social coincidía con el de la entidad demandante. Agregó que la sociedad mercantil, ahora demandada, incurrió en los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7º, 8º (desviación de la clientela), 10º (confusión), 11 (engaño), 14 (imitación) y 15 (explotación de la reputación ajena) previstos en la Ley 256 de 1996, por cuanto utiliza indebidamente un nombre comercial similar al de la Fundación demandante (“Instituto del Corazón”) e imita la forma de prestación de los servicios que ofrece esta última entidad, el logo con el que se identifica en el mercado, su publicidad impresa y papelería, generando, de este modo, confusión en los pacientes y, en general, en el público que requiere tratamientos cardiovasculares.

CONSIDERANDOS.

Ratio Decidendi.

Dado que la parte demandante, sobre quien pesaba la carga de la prueba (art. 177, C. de P. C.), no aportó los elementos de juicio suficientes para acreditar la deslealtad de las conductas que imputó a su contraparte, corresponde despachar favorablemente las excepciones que la demandada denominó “inexistencia de actos de confusión o engaño y de confusión en el mercado; inexistencia de actos de imitación y derecho a la asociación de las personas”, las que resultan suficientes para desestimar la totalidad de las pretensiones incoadas por la Fundación Cardiovascular de Colombia. Resta señalar que no es necesario resolver sobre la objeción por error grave propuesta por el Instituto del Corazón de Bucaramanga S.A. contra la experticia rendida por Ana Mercedes Bojacá Ramírez, en tanto que el objeto de dicho dictamen era la determinación del monto a indemnizar por concepto de los perjuicios que se le habrían irrogado a la actora, asunto que se torna irrelevante ante el despacho adverso de su pedimento.

Precedentes jurisprudenciales.

Obiter Dicta.

- 1 Prohibición general y actos de desviación de la clientela: Dentro del contexto de libertad de empresa y de libre competencia económica reconocido en el artículo 333 de la Constitución Política, resulta claro que la lucha por atraer consumidores y la consecución de ese objetivo no debe entenderse, per se, como una conducta desleal, carácter que únicamente podrá predicarse en aquellos eventos en que los medios adoptados por el competidor “no se basan en la calidad y condiciones de las
-

prestaciones ofrecidas, ni en la eficiencia empresarial, sino en actuaciones que distorsionan el sistema” 10, como pueden ser, acorde con los artículos 7º y 8º de la Ley 256 de 1996, las que resulten contrarias 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 consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”

- 2 Actos de engaño: Sobre el particular basta mencionar que en este proceso existe total orfandad probatoria que sirva al propósito de respaldar que el Instituto del Corazón de Bucaramanga S.A. hubiera difundido información, o realizado conducta alguna, encaminada a inducir al público en error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento de la Fundación Cardiovascular de Colombia.
 - 3 Actos de confusión y de explotación de la reputación ajena: A esta altura del discurso resulta claro que la forma en que las entidades involucradas se anuncian ante el público, de un lado como Fundación Cardiovascular de Colombia y, del otro, como Instituto del Corazón de Bucaramanga S.A. (“una nueva opción para el cuidado del corazón”), no da lugar a crear confusión entre las actividades, las prestaciones mercantiles o el establecimiento de las referidas personas jurídicas, efecto este que no fue acreditado por la demandante y que, como se explicó, resulta desvirtuado con base en la prueba documental aportada por la sociedad mercantil accionada,
 - 4 Actos desleales derivados de la alegada similitud entre el nombre comercial de la demandada y la denominación con que la demandante identifica una de sus unidades de negocio: Al margen del debate relacionado con el carácter genérico de la expresión “Instituto del Corazón” y así se admitiera, en gracia de discusión, que el Instituto del Corazón de Bucaramanga S.A. utiliza un nombre comercial y un logo idénticos a una de las unidades de negocio de la demandante (FCV Instituto del Corazón), lo cierto es que no podría predicarse la existencia de actos desleales derivada de dicha similitud en este caso porque no se demostró un aprovechamiento indebido de la reputación de la Fundación Cardiovascular de Colombia, ni la generación de confusión respecto del origen empresarial de las prestaciones ofrecidas por las partes de este proceso.
 - 5 La expresión “Instituto del Corazón” no constituye el nombre comercial de la demandante: Según los artículos 583 y 603 a 605 del Código de Comercio, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 190 a 193 de la Decisión 486 de 2000, proferida por la Comisión de la Comunidad Andina, el nombre comercial es un signo distintivo que identifica una actividad económica, una empresa o un establecimiento mercantil, pudiendo o no coincidir con la “denominación social, la razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles”. El derecho exclusivo sobre el comentado nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio, siempre y cuando ese uso “sea personal, público, ostensible y continuo” 8 , elementos estos que su titular deberá probar en caso de que decida impedir a cualquier tercero la utilización de un signo distintivo idéntico o similar. En este sentido, el referido derecho termina “cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la
-

empresa o del establecimiento que lo usa”. Ahora bien, la citada normativa faculta al titular del nombre comercial para depositarlo ante la Oficina Competente, en este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio, sin embargo, el depósito no tiene un efecto constitutivo del derecho sobre el signo, sino que sólo permite presumir que “el depositante empezó a usar el nombre desde el día de la solicitud y que los terceros conocen de tal uso desde la fecha de publicación”. Aplicando el bagaje normativo referido, el Despacho resalta desde ya que no hay lugar a acceder a las pretensiones incoadas por la Fundación Cardiovascular de Colombia, pues, según se explicará a continuación, esta no demostró, como era de su incumbencia (art. 177, C. de P. C.), que se anunciara ante el mercado utilizando la expresión “Instituto del Corazón”, o que los consumidores reconocieran la entidad, la actividad económica que desarrolla o un establecimiento de comercio de su propiedad, bajo esa denominación. Así se concluye porque, amén de la ausencia de todo elemento de prueba que acredite que la Fundación demandante utiliza la expresión “Instituto del Corazón” como su nombre comercial, la prueba documental aportada a este proceso da cuenta que aquella entidad se anuncia ante el mercado como Fundación Cardiovascular de Colombia, Fundación Cardiovascular del Oriente Colombiano o FCV.

Resuelve

1. Denegar las pretensiones de la Fundación Cardiovascular de Colombia en relación con los actos de desviación de la clientela, confusión, engaño, imitación y explotación de la reputación ajena que imputó a su contraparte.
 2. Condenar en costas a la parte demandante.
-

Tabla 9

Análisis de sentencia sic

Ministerio De Comercio, Industria Y Turismo
Superintendencia De Industria Y Comercio
Despacho Del Superintendente De Industria Y Comercio

Radicado: Expediente 09062822
SENTENCIA: 4230

Fecha decisión: 31/07/2012

SUPERINTENDENTE **ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ**

Referencia: (Unilever Andina Colombia Limitada vs Procter & Gamble Colombia Ltda., 2012)

Competencia: Jurisdicción Jurisdiccional delegataria

Acción: Acción de competencia desleal

Partes en el proceso: **Demandante:**

UNILEVER ANDINA COLOMBIA LTDA.

Demandado: **PROCTER & GAMBLE COLOMBIA LTDA.**

Frente a la Litis

1. Demanda principal

Se declare que su contraparte incurrió en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11° (engaño) y 14° (imitación) de la mencionada Ley. Consecuencialmente, solicitó que se condenara a la demandada a indemnizar los perjuicios ocasionados por los actos de competencia desleal.

2. Demanda de reconvención

Pretensiones:

Se declare que su contraparte ha incurrido en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11° (engaño), 12° (des crédito), 13° (comparación) y 18° (violación de normas) de la mencionada Ley. Consecuencialmente, solicitó que se condenara a la demandada a indemnizar los perjuicios ocasionados por los actos de competencia desleal.

Normas violadas:

Artículos 7,8,10,11 y 14 de la Ley 256 de 1996 (Demanda Principal)
Artículos 7, 8, 10, 11, 12, 13 y 18 de la Ley 256 de 1996 (Demanda de reconvención)

Problema jurídico:

- (i) De un lado, ¿el lanzamiento de una pieza publicitaria en la que se dispone de ciertos elementos que resultan similares a los empleados por un competidor en una campaña de expectativa en la que no se alude a marca alguna? ¿dicho comportamiento resulta apto para entorpecer y disimular la entrada de dicho producto en el mercado colombiano, para truncar las expectativas respecto de su estrategia publicitaria y para aprovechar indebidamente del esfuerzo de un competidor?

De otro lado, ¿resulta desleal el ofrecimiento de cualidades de un producto mediante afirmaciones incorrectas, erróneas y omisivas, incluyendo si ese comportamiento le otorga ventajas superiores al producto publicitado frente a los de sus competidores y además afecta la percepción que tengan los consumidores de la efectividad de los artículos en cuestión?

Hechos

Por medio del auto No. 315 de 2009 las partes fueron citadas a la audiencia

destacados: de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (fl. 125, cdno. 4), en la cual no se logró un acuerdo que terminara el litigio. Mediante auto No. 934 de 20 de enero de 2010 se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes (fls. 129 a 138, cdno. 4) y, una vez practicadas, mediante el auto No. 13513 de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar, conforme lo dispone el artículo 414 del C. de P. C., oportunidad en la cual la parte demandada en acción principal y demandante en reconvención reiteraron los argumentos expuestos en sus actos de postulación.

CONSIDERANDOS.

Ratio Decidendi.

1. En cuanto a la demanda principal se estipula: por las condiciones en las que tuvo lugar la difusión del comercial de “H&S”, esto es, efectuada con los elementos (música, colores, intención del locutor, tipografía, etc.) que reproducen el comercial de Clear y presentado en los mismos horarios “prime de la de televisión colombiana” en los que fue difundido aquel anuncio, resulta evidente que Procter & Gamble logró aprovecharse del esfuerzo ejecutado por Unilever con la finalidad de reforzar su producto “H&S” en el mercado colombiano y resaltar sus características y propiedades y, de esta manera, obstaculizar a su competidor desviando la atención de los consumidores a su producto “H&S”, lo que indiscutiblemente comporta una práctica contraria a los principios de honorabilidad, lealtad y sinceridad.

En el caso de la demanda de reconvención, el dato estadístico e informativo -del cual no se discute su veracidad- fue empleado de manera inexacta en la campaña de expectativa de Unilever, lo que genera una percepción diferente en el consumidor respecto del problema de la caspa y, por ende, induce en error a las personas a las que se dirige sobre una característica de los productos que resulta relevante para la decisión de compra del consumidor. Es del caso resaltar que en el evento en que se emplee cierta información que derive de un estudio -cualquiera que sea su clase-, debe corresponder siempre con los hallazgos o conclusiones a las que se hayan llegado, pues una alteración de ella puede conllevar a aplicar una indicación errónea que impacte de manera negativa en el mercado.

Precedentes jurisprudenciales.

Obiter Dicta.

En la Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 004 de julio 29 de 2008, la sentencia hace referencia a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil, que resulta pertinente en tanto que las normas sobre competencia desleal son entendidas como una especie de aquella, ha precisado el papel principalísimo del daño en la conformación de la estructura de la comentada institución, en tal sentido ha sostenido que el perjuicio para ser indemnizable, debe ser cierto, esto es, “que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. de mayo 21 de 1998, exp. 10.479).

Resuelve

1. **DECLARAR** que la sociedad Procter & Gamble Colombia Ltda. Incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7° (clausula general) la Ley 256 de 1996.
 2. **DECLARAR** que la sociedad Unilever Andina Colombia Limitada incurrió en los actos de competencia desleal previsto en los artículo 11° (descredito) y 13° (comparación) de la Ley 256 de 1996.
 3. **DECLARAR** probada la objeción por error grave respecto del dictamen pericial del perito José María del Castillo.
 4. **DECLARAR** no probada la objeción por error grave respecto del dictamen pericial del perito Jorge Baquero Rodríguez.
 5. **DENEGAR** las pretensiones elevadas por Unilever Andina Colombia Ltda. En relación con los actos desleales contenidos en los artículos 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11 (engaño) y 14 (imitación) de la Ley 256 de 1996, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.
 6. **DENEGAR** las pretensiones elevadas por la Procter & Gamble Colombia Ltda. En relación con los actos desleales contenidos en los artículos 7° (cláusula general), 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11 (engaño), 14 (imitación) y 18 (violación de normas) de la Ley 256 de 1996, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.
-

Tabla 10*Análisis de sentencia sic*

Ministerio De Comercio, Industria Y Turismo Superintendencia De Industria Y Comercio Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales Grupo De Trabajo De Competencia Desleal

Radicado:	Expediente 07028968	Fecha decisión:	19/12/2011
Superintendente	DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO		
Referencia:	Sociedad Industrial Técnica Colombiana S.A. SINTECO S.A. contra ESPAN Ltda. y Ana Eugenia San Juan Galvis.		
Competencia:	Asuntos jurisdiccionales de competencia desleal		
Acción:	Acción de competencia desleal		
Partes en el proceso:	Demandante:	SINTECO S.A.	
	Demandado:	ESPAN Ltda. y Ana Eugenia San Juan Galvis.	

FRENTE A LA LITIS

Pretensiones: SINTECO S.A., en ejercicio de la acción declarativa prevista en el numeral 1° del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, solicitó que se declarara judicialmente que ESPAN Ltda. y Ana Eugenia San Juan Galvis incurrieron en los actos de competencia desleal de desviación de clientela, confusión, imitación, explotación de la reputación ajena y violación de la cláusula general, que tienen por fundamento violentar el principio de buena fe comercial, así mismo, requirió que se le ordenara a la pasiva remover los efectos producidos por dichos actos, cesando la conducta aludida e indemnizándole los perjuicios sufridos.

Normas violadas: Ley 256 de 1996

Problema jurídico: La decisión del litigio materia de estudio impone determinar si la constitución de una sociedad para comercializar productos de la misma clase por parte de una socia, ex gerente y representante legal de una empresa con la que pretende competir y el posterior registro de la una marca mixta que incluye los diseños de las cartulinas del producto líder de la misma con pleno conocimiento que aquella tenía dicha presentación por su cargo, configura actos de competencia desleal.

Hechos destacados: La demandante manifestó que es una empresa comercial que desde su creación -1957- ha enfocado y dedicado su actividad mercantil hacia la fabricación, elaboración, reenvase, distribución, venta y exportación de toda clase de productos químicos en sus más diversas especialidades de consumo directo y para toda clase de industrias, especialmente los relacionados con los pegantes y adhesivos epóxicos que se utilizan y aplican en una gran variedad de materiales tales como metal, vidrio, cerámica, madera, piedra, hierro entre otros, para lograr en muy pocos segundos “soldar” sus piezas o “unir” superficies. Sostuvo que es titular del derecho de propiedad industrial de la marca nominativa “Sintesolda”, vigente hasta el 7 de junio de 2012, identificado sus productos con dicha denominación y con una presentación comercial consistente en empaques únicos perceptibles visualmente por la simetría y colores. Señaló la activa que la señora Ana Eugenia San Juan Galvis es y ha sido socia de SINTECO S.A. con una participación de 14.080.000 acciones de valor nominal de diez pesos (10.00) MLC, y que a su vez desempeñó funciones de gerencia y representación legal en la dependencia de la demandada por espacio de ocho años 16 días, siendo retirada del cargo por Asamblea de Accionistas el 26 de junio de 2002, tal como consta en el Acta N° 59, situación que fue ratificada en la reunión de junta directiva del 28 de junio de 2002. Conforme a lo anterior, la demandada durante el ejercicio de sus funciones tuvo a su cargo el manejo, orientación y direccionamiento hacia el mercado de todos los productos que la activa fabrica, diseña, distribuye y vende al público consumidor, por tal motivo en el lapso comprendido entre 1995 y

1998, celebró múltiples acuerdos o contratos de diseño gráfico con terceros particularmente con la señora Martha Rojas Valbuena, con el fin de estructurar y definir los artes y el diseño de las etiquetas y cartulinas donde se agrupan e identifican material y visualmente los productos adhesivos de SINTECO S.A., tales como los pegamentos y soldaduras epóxicas. Expresó SINTECO S.A. que la señora San Juan Galvis constituyó junto con Paula Camila Nieto San Juan la sociedad ESPAN Ltda., mediante escritura pública número 1874 de 10 de agosto de 2001, agregó que en la actualidad funge como accionista y representante legal de la mencionada persona jurídica. Argumentó que, la demandada aprovechándose del conocimiento que tenía de que la demandante no había registrado ante la Superintendencia de Industria y Comercio los diseños y artes de la etiquetas para identificar sus productos de pegamentos y epóxicos, el día 2 de febrero de 2005 “procedió en interés personal y obrando de mala fe” a solicitar dicho registro para la marca de su propiedad Expan Epoxi (mixta) clase 1, cuyos rasgos y características visuales coinciden con las etiquetas y cartulinas que la actora venía utilizando para distinguir sus productos SINTESOLDA. Finalmente, adujo que se enteró y tuvo conocimiento de la utilización por parte de la pasiva de las etiquetas y cartulinas, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio publicó el 31 de marzo de 2005, la solicitud en su favor de los registros marcarios Espan Epoxi, registros que fueron concedidos el día 6 de septiembre del mismo año, razón por la cual se vio en la obligación de modificar y sustituir las etiquetas con nuevos diseños que le ocasionaron cuantiosos gastos y costos, circunstancia que también generó confusión dentro del público consumidor y desvió su clientela, representando pérdidas del grueso de sus ventas entre en 21,588% al 31,22% durante ese lapso.

CONSIDERANDOS.

Ratio Decidendi.

La cláusula general de competencia desleal, prevista en esta norma, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos específicos contemplados en los artículos 8° a 19° de la citada Ley 256 de 1996, razón por la cual la evocación del artículo 7° también impone la obligación de demostrar a quien la alega. Situación que no ocurrió en el sub lite, debido a que la conducta alegada encuadró en los artículos 8° y 10° de la precitada Ley. En consecuencia, no es posible enmarcar la conducta de la demandada en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996. la conducta de la parte demandada debe entenderse constitutiva de los actos de competencia desleal de confusión y desviación de clientela, por lo que corresponde acoger parcialmente las pretensiones de la demanda y condenar al pago de perjuicios.

Precedentes jurisprudenciales.

Obiter Dicta.

El ámbito objetivo de aplicación de la Ley 256 de 1996 se verifica en este caso, porque la constitución de una nueva sociedad con similar objeto social de la que se es socia, ex Gerente y representante legal y el posterior registro de una marca mixta que contiene el arte de las cartulinas tamaño, colores y diseño interno del mismo para ofertar un producto que guarda similares características con el producto líder de la demandante, constituye una conducta idónea para mantener e incrementar la participación en el mercado de quien la ejecuta. Así mismo, en el presente asunto está claro que las partes de este proceso participan en el mercado mediante el ofrecimiento al público de los productos relacionados con pegamentos epóxicos, por lo que los efectos de la conducta demandada están llamados a producirse en territorio nacional.

Es necesario precisar que de conformidad con el artículo 14 de la Ley 256 de 1996 y con lo que han dejado establecido la jurisprudencia y la doctrina especializada, el acto desleal de imitación se proyecta sobre las prestaciones mercantiles y las iniciativas empresariales ajenas, es decir, sobre el producto o servicio en sí mismo, que corresponde a las creaciones que, encaminadas a satisfacer una necesidad técnica o estética, constituyen la propia prestación (creación material). Aplicando las anteriores consideraciones de carácter teórico al asunto en análisis, es claro que no se configuró el acto desleal de imitación porque, aún cuando Ana Eugenia San Juan Galvis y Espan Ltda. reprodujeron similarmente los empaques -teniendo pleno conocimiento- de la actora en el producto “SINTESOLDA” “RÁPIDO” y “STANDART”, esa circunstancia por sí sola no conlleva a la configuración de la comentada conducta, en tanto que no se dirigió sobre los productos en cuestión (prestaciones mercantiles), sino sobre medios formales de identificación (signos distintivos), razón por la cual se impone colegir, además, que tampoco se presentó una imitación sistemática, pues a falta de la configuración de dicho elemento típico, es imposible tener por acreditado esa especial clase de imitación. En relación con el acto de explotación de la reputación ajena, pártase por precisar que la referida conducta condena el aprovechamiento indebido del prestigio o fama conseguido por otro en el mercado lo que, desde luego, debe ser acreditado por quien lo alega, en tanto que no basta referir que se tiene determinada trayectoria o reputación en el mercado, sino que se hace necesario aportar pruebas a la actuación que así lo respalden, situación que el accionante no acreditó, pues del expediente no se desprende que la actora tuviese la alegada reputación mercantil y menos que los demandados se valieran ante terceros de ella para vender sus pegamentos epóxicos, por el contrario, del testimonio de los señores José Rodrigo Castrillón y María Bernardina Salamanca distribuidores de SINTECO S.A., se logró establecer que dicho producto estaba siendo vendido en el mercado sin hacer referencia alguna a la activa o su trayectoria mercantil, razón por la cual este acto tampoco se declarará probado.

Del acto de desviación de la clientela. (art. 8º de la Ley 256 de 1996). El artículo 8º de la ley de Competencia Desleal determina que “se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial y comercial.” Para efectos de acreditar la ocurrencia del presente acto desleal, es imprescindible demostrar, de un lado, que la clientela atribuible a SINTECO S.A., se abstuvo, efectiva o potencialmente, de solicitar sus servicios para luego optar por los ofrecidos

por Espan Ltda.. o por Ana Eugenia San Juan Galvis y, del otro, que lo anterior se produjo contrariando las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial, esto es, que la parte demandada contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistara - o al menos hubiese pretendido hacerlo - clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen acudido a los servicios de la actora. Es cierto que la comisión de la presente conducta no requiere de la materialización efectiva de la desviación, pues de conformidad con la norma basta con el hecho que la conducta tenga por objeto desviar la clientela, luego si un comportamiento en el mercado está dirigido a captar o atraer clientes de manera contraria a los mencionados parámetros de conducta, – lógrese o no – sería imputable la consecuencia jurídica del artículo 8º de la Ley de Competencia Desleal, a quien lo comete. En ese contexto, debe tenerse en cuenta que cuando el término “costumbre” está precedido por cualquier adjetivo que denote un comportamiento ético o moral, como es nuestro caso con la cualidad “sanas”, el legislador no hizo referencia a la costumbre como fuente de derecho (*secundum leggem*), sino a aquellas prácticas orientadas por principios éticos y morales que se exigen para la realización de cualquier actividad, verbigracia, la competencia mercantil. En este orden de ideas, cuando la Ley 256 de 1996 hace referencia a las sanas costumbres o usos honestos, está salvaguardando los derechos de los empresarios, los consumidores, y la sociedad en general, por lo que no es viable exigir de ellos, para su protección, la prueba de existencia de la costumbre o del uso, pues indudablemente se refiere a aquellas conductas o comportamientos que se apartan del imperativo moral y ético apenas exigible a cualquier profesional del comercio, es decir, que por sanas costumbres mercantiles o usos honestos se entiende el actuar dentro de los parámetros morales y éticos que se espera de quienes acuden a un mercado con el propósito de disputar una clientela

Actos de Confusión (Art. 10º, Ley 256 de 1996): De conformidad con el artículo 10º de la Ley 256 de 1996, el acto desleal de confusión, que tutela especialmente el interés del consumidor consistente en “garantizar su capacidad volitiva y decisoria a la hora de intervenir en el mercado”²⁹, se configura en los eventos en que se ejecuta en dicho escenario y con fines concurrenciales cualquier conducta que resulte idónea para provocar en los consumidores un error “sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios” que se le ofrecen³⁰, sin que para su configuración sea indispensable la efectiva materialización de tal efecto perjudicial en el mercado, pues -como lo ha dejado establecido este Despacho- para ello basta con la existencia de un riesgo de confusión, esto es, de la potencialidad real de la conducta en cuestión para confundir³¹. Es pertinente indicar que dentro del concepto del acto desleal en análisis se incluyen tanto los casos en los que “el consumidor, al adquirir un producto, piensa que está adquiriendo otro” (confusión directa)³², como aquellos en los que se presenta el denominado riesgo de asociación, que se produce cuando el consumidor reconoce la diferencia entre los productos o servicios de que se trate y su distinto origen empresarial, “pero de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación entre ambas [empresas], ya sean vínculos comerciales, pertenencia al mismo grupo empresarial, etc.” (confusión indirecta)³³. Es del caso resaltar que las dos circunstancias comentadas tienen una trascendental relevancia en la libre decisión de mercado que se debe garantizar al consumidor.

PRIMERO: Declarar que la sociedad Espan Ltda. y la señora Ana Eugenia San Juan Galvis incurrieron en los actos de competencia desleal previstos en los artículos 8° y 10° (desviación de clientela y confusión) de la Ley 256 de 1996. SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda, en relación con los actos desleales de 7° (prohibición general), 14 (imitación) y 15 (explotación de la reputación ajena) de la Ley 256 de 1996, así como la indemnización de perjuicios y las demás, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia. TERCERO: CONDENAR a la sociedad Espan Ltda. y la señora Ana Eugenia San Juan Galvis., a pagar a favor de la SINTECO S.A., dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de treinta y un millones seiscientos tres mil setecientos sesenta y tres pesos Mcte. (\$31'603.763). Pasado ese término, aquellas deberán reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual. CUARTO: Condenar a la parte demandada al pago de las costas del proceso

Tabla 11

Análisis de sentencia sic

Ministerio De Comercio, Industria Y Turismo Superintendencia De Industria Y Comercio Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales		
Radicado:	Expediente: 03025549	Fecha decisión: 17/11/2010
Superintendente:	DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO	
Referencia:	Adriana Escobar Ospina contra Student Travel Center Limitada, Lorena Velásquez Leal y María Fernanda Cabal Molina.	
Competencia:	Jurisdicción asuntos de competencia desleal	
Acción:	La acción de competencia desleal	
Partes en el proceso:	Demandante:	Adriana Escobar Ospina
	Demandado:	Student Travel Center Limitada, Lorena Velásquez Leal y María Fernanda Cabal Molina
FRENTE A LA LITIS		
Pretensiones:	En ejercicio de la acción declarativa y de condena contemplada en el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, la parte demandante solicitó que se declare que su contraparte infringió los artículos 7 (prohibición general), 8 (desviación de la clientela), 9 (desorganización), 10	

(confusión), 15 (explotación de la reputación ajena), 17 (inducción a la ruptura contractual) y 18° (violación de normas) de la Ley 256 de 1996. Adicionalmente, pidió en caso de ser favorable la demanda, proceder a efectuar la liquidación de perjuicios, los cuales estimó en seiscientos millones de pesos (\$600.000.000).

**Normas
violadas:**

Ley 256 de 1996,

**Problema
jurídico:**

En el presente caso se analizará si con ocasión de la constitución de la sociedad Student Travel Center Ltda., las demandadas incurrieron en los actos desleales denunciados, teniendo en cuenta que antes de la conformación de la referida persona jurídica, Lorena Velásquez Leal y Maria Fernanda Cabal Molina fungían, respectivamente, como representante legal y socia de Vela Ltda., sociedad en la que la accionante también ostentaba la calidad de socia. Adicionalmente, se determinará si durante la vigencia de la sociedad Vela Ltda., las personas naturales demandadas realizaron conductas tendientes a desviar la clientela de dicha compañía. Previo a todo ello, se abordará el estudio de los presupuestos de aplicación de la Ley 256 de 1996 y se determinarán las circunstancias fácticas debidamente acreditadas.

**Hechos
destacados:**

Según se adujo en la demanda las señoras Adriana Escobar Ospina y María Fernanda Cabal Molina en el año 1996, con igual participación de capital social, constituyeron la sociedad mercantil Viajes Estudiantiles Ltda. –Vela Ltda. -, ubicada en la calle 100 No. 19 – 61 oficinas 210 y 211 de la ciudad de Bogotá y que para el año 2001, con la señora Lorena Velásquez Leal como representante legal, contaba con sucursales en las ciudades de Medellín, Bucaramanga, Barranquilla y Cali, ésta última administrada por la demandante. Indicó la actora que entre los años 1999 y 2003 las demandadas desplegaron actos que calificó como desleales, tales como, no citar a la señora Escobar Ospina a la asamblea de socios, disminuir su participación en el capital social a un 12%, terminar el contrato de arrendamiento por parte de la señora Cabal Molina del local donde funcionaba la sociedad mercantil y trasladar las cuentas de líneas móviles a nombre de Viajes Estudiantiles Ltda. -Viajes Vela Ltda.- a la demandada Maria Fernanda Cabal Molina, además de las múltiples inconsistencias contables y la constitución por parte de la señora Cabal Molina de la sociedad Student Travel Center Ltda., empleada por ésta para desviar la clientela que tenía la sociedad en que participaba la demandante como socia. Según manifestó la demandante, la conducta que imputó a los demandados Maria Fernanda Cabal Molina, Lorena Velásquez Leal y a la sociedad Student Travel Center S.A., es constitutiva de los actos contrarios a la prohibición general, desviación de la clientela, desorganización, confusión, explotación de la reputación ajena, inducción a la ruptura contractual y violación de normas.

CONSIDERANDOS.

Ratio Decidendi.

Teniendo en cuenta que la Adriana Escobar ospina no demostró que la conducta imputada a las demandadas Lorena Velásquez, Maria Fernanda Cabal Molina y la sociedad Student Travel Center Ltda, pudiera configurar alguno de los actos de competencia desleal denunciados, corresponde declarar probada la excepción de mérito que la demandada denominó “Inexistencia de Actos de Competencia Desleal” y, en consecuencia, desestimar las pretensiones de la demanda.

Obiter Dicta.

Actos de Inducción a la Ruptura Contractual (art. 17, L. 256/96). Ahora bien, tal como se anunció en el acápite de esta providencia, es posible concluir que la demandante conocía que los empleados de Vela Ltda. podían optar por vincularse a la nueva sociedad que conformaría la demandada Cabal Molina, tal como se desprende de la prueba documental en la cual se consignó que "los empleados podrán escoger libremente con quien quieren trabajar, es decir si deciden quedarse en Vela o si trabajan en la nueva empresa de Maria Fernanda Cabal". Aunado a ello algunos de los ex trabajadores que se vincularon a Student Travel Center Ltda. sostuvieron haber fundado su decisión en las presiones ejercidas por la demandante, conforme se lee en la declaración de Aida Maritza Ariza Isaza: "en el momento en que iniciaron la disolución de la sociedad Adriana Escobar empezó a ejercer una presión muy incómoda para mí, yo hablo en nombre mío. Prácticamente Adriana me obligó a pasar mi carta de renuncia en Vela Ltda." testimonio coincidente con la documental firmada por algunos de los ex trabajadores de Vela Ltda. visible a folio 305 y 306, cdno. 1, T. I, razones que se consideran suficientes para considerar que la demandada no indujo a la ruptura contractual alegada la parte demandante. 2.7 Violación de Normas (art. 18 L. 256/96) Similar suerte corre la conducta prevista en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, debido a que no se probó el supuesto conflicto de intereses configurativo de la transgresión al numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y que se fundamentó en la designación de la señora Lorena Velásquez Leal como representante legal de la sociedad Student Travel Center Ltda. Ciertamente, con relación a este punto, basta con precisar que la calidad de representante legal de la señora Lorena Velásquez Leal fue adquirida por ésta con posterioridad a la decisión de liquidar la sociedad Viajes Estudiantiles Ltda. -Vela Ltda., por lo que no se advierte la violación a disposición legal alguna. Prohibición General (art. 7°, L. 256/96) Finalmente, si bien la cláusula general de competencia desleal, prevista en nuestro ordenamiento en el artículo 7o de la Ley 256 de 1996, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos específicos contemplados en los artículos 8o a 19 de la citada Ley 256, razón por la que la evocación del artículo 7o no resulta viable cuando los tipos alegados no se configuraron por ausencia de prueba, razón por la que tampoco es posible acoger las pretensiones de Adriana escobar Ospina con base en la comentada cláusula general.

Resuelve

1. Declarar probada la excepción de mérito que el extremo demandado denominó “Inexistencia de Actos de Competencia Desleal”. 2. En consecuencia, desestimar las pretensiones de Adriana Escobar Ospina en virtud de lo consignado en la parte motiva de esta providencia. 3. Condenar en costas a la parte demandante.

Tabla 12*Análisis de sentencia sic*

Ministerio De Comercio, Industria Y Turismo Superintendencia De Industria Y Comercio Despacho Del Superintendente De Industria Y Comercio		
Radicado:	Expediente N°03089806 Fecha decisión: 29/06/2010	
Superintendente:	GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES	
Referencia:	Decídese el proceso que por competencia desleal promovió ORBITEL S.A. ESP, contra MUNDI WEB EU.	
Competencia:	Asuntos jurisdiccionales de competencia desleal, materia civil	
Acción:	la presunta comisión de actos desleales previstos en la ley 256 de 1996	
Partes en el proceso:	Demandante:	Orbitel S.A. Esp,
	Demandado:	Mundi Web Eu.
FRENTE A LA LITIS		
Pretensiones:	La sociedad accionante solicitó a este juzgador que se “declare judicialmente la ilegalidad de los actos de dichas empresas y consecuentemente se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos, ordenándosele cesar la conducta y se le condene a indemnizar los perjuicios sufridos por ORBITEL S.A. E.S.P. por esta conducta	
Normas violadas:	Enlistó como normas infringidas, el decreto ley 1900 de 1990, Régimen de las Telecomunicaciones, el decreto 2542 de 1997 que estableció el requisito de cancelar al Estado una licencia otorgada por el Ministerio de Comunicaciones para prestar el servicio de larga distancia internacional; la Resolución No. 575 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, La ley 142 de 1994.	

Problema jurídico:	El uso de las redes de telecomunicación por parte de una empresa extranjera sin el debido procedimiento de autorización por el ente estatal puede generar actos de competencia desleal.
--------------------	---

Hechos destacados:	<p>la sociedad ORBITEL S.A. E.S.P. que en su calidad de concesionario autorizado para la prestación y operación de los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada en Colombia presentó, por intermedio de apoderado, una solicitud de práctica de diligencia preliminar de comprobación al amparo de lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 256 de 1996, petición que radicó el 4 de julio de 2003 ante este Despacho. Sostuvo que elevó la anterior petición ante los indicios de uso indebido del servicio de TPBC3 por parte de la demanda y, especialmente, porque el 13 de junio de 2003</p> <p>funcionarios de ETB S.A. ESP. "pudieron comprobar que una porción significativa del tráfico de TPBCLD, que debe entrar a Colombia, denominado 'tráfico entrante' (..) se desvió en forma ilegal y clandestina por intermedio de la sociedad Mundiweb"</p>
--------------------	---

Indicó que como resultado de la diligencia preliminar de comprobación referida, este Despacho emitió una certificación de la cual "se desprende que la sociedad Mundiweb EU (sic) estaba enrutando el tráfico de voz de larga distancia simulándolo como local", circunstancia a partir de la cual la actora concluyó que la conducta de la demandada no solo derivó en la violación del régimen de las telecomunicaciones, sino en la desestabilización y desconocimiento del marco normativo de los títulos habilitantes legítimamente conferidos a los operadores autorizados.

CONSIDERANDOS.

Ratio Decidendi.

En el artículo 8 de la ley 256 de 1996, conforme la cual: "se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o por efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial", es preciso denegar su declaración con apoyo en la ausencia de medios de probatorios que demuestren que las llamadas que constituyeron las pruebas del reoriginamiento de MUNDI WEB E.U., correspondieran a clientes del servicio de telefonía de larga distancia de EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. En efecto, como quedó visto, la demandada permitió el acceso de comunicaciones desde el exterior a sus líneas telefónicas, reportándolas como de tráfico nacional, situación demostrada dentro del expediente, no obstante, también es cierto que dichas llamadas no fueron efectuadas por usuarios del servicio, de hecho, se originaron como consecuencia de las pruebas practicadas por este Despacho de manera conjunta con ingenieros del Ministerio de Comunicaciones -ahora Ministerio de Tecnologías de la

Información y las Telecomunicaciones-, durante el desarrollo de la diligencia preliminar de comprobación requerida antes de la formulación de la demanda por ORBITEL S.A. ESP., hoy EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Esta situación fundamenta la improsperidad de la declaración del acto desleal de desviación de clientela, pues no obra en el expediente ninguna prueba que acredite su efectiva ocurrencia, en tanto no se aportaron –en el curso de la actuación- elementos de juicio a través de los cuales se pueda inferir que a las líneas utilizadas por MUNDI WEB EU. ingresaron llamadas diferentes a las realizadas durante la diligencia preliminar referida y que correspondieran a tráfico internacional simulado como local. Aunado a ello, aunque EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P antes ORBITEL S.A. dijo que la demandada “al prestar en forma clandestina, como está demostrado, el servicio de larga distancia internacional, la sociedad MUNDI WEB EU., desvió la clientela natural de ORBITEL S.A. E.S.P” no demostró en este estadio que las llamadas efectivamente reoriginadas correspondieran a la cliente cuya que, por causa del comportamiento de la pasiva, se desplazaron a ésta. De hecho, aunque ya se apuntó al tratar el tema de la ventaja competitiva que el comportamiento de la pasiva contrasta con la autorización legal que obtuvo la actora, no es menos cierto que para efectos de obtener la declaratoria del acto de desviación de clientes, era necesario acreditar que al menos una porción de estos desistió de acudir a la oferta de servicios ofrecida por ORBITEL S.A. E.S.P., por la causa de la conquista desleal que de ellos efectuó MUNDI WEB EU.

Decantado lo anterior, el segundo comportamiento que se analiza en este numeral, corresponde a la infracción al principio de buena fe, cuyo contenido inspira al artículo 7 de la ley 256 de 1996 y se ha entendido como la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, “de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios” o, como lo ha establecido este Despacho en pasada oportunidad, como “la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones” que les permite obrar con la “conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico”. En el asunto sub examine se tiene que de conformidad con el Decreto 1900 de 1990, cualquier servicio de telecomunicaciones, como el de larga distancia internacional, que sea prestado sin la correspondiente autorización del Ministerio de Comunicaciones, será considerado clandestino, tal y como aconteció con las llamadas recibidas a los números abonados 6916348, 6916917, 6916266, 2570878, 6916381, 6916919, 6916241, 6916337 y 6916227, que pese a tener origen en el extranjero fueron simuladas como tráfico local. Así, dado que la prohibición general contenida en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, irradia y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, es incuestionable que la demandada obró de forma irregular al usar las líneas del cual era tenedor de manera diferente a la pactada, proceder que se advierte distante de los postulados de honestidad y probidad mercantil, tanto más si se considera que MUNDI WEB EU. no es operador autorizado del servicio de Larga Distancia Internacional y, además, promovió el ingreso de llamadas al territorio nacional sin cancelar los respectivos cargos de acceso. En conclusión, prestar servicios no autorizados en el mercado de las telecomunicaciones es sin duda una conducta que no corresponde a las prácticas honestas que deben imperar en el mercado y, por consiguiente, queda establecida la infracción a la prohibición general de que trata el artículo 7º de la ley 256 de 1996.

Obiter Dicta.

Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996:

Según el artículo 2º de la citada Ley de Competencia Desleal, “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”. En el presente caso está demostrado que los actos señalados como desleales, que bien pueden agruparse en la prestación irregular del servicio de larga distancia internacional y la simulación de llamadas desde el exterior como de tráfico local, fueron realizados en el mercado y con una finalidad concurrencial, esto es, “con el propósito de atraer o captar una clientela actual o potencial”

Así ha de concluirse de las pruebas practicadas el 21 de agosto de 2003 por este Despacho en asocio con ingenieros del Ministerio de Comunicaciones, quienes al realizar llamadas hacia Colombia pudieron advertir, empleando el recurso de identificador de llamadas, que se reportaban números locales de la demandada, de allí que deba tenerse por verificada la presunción prevista en el inciso final del citado artículo 2º de la ley de competencia desleal, pues resulta evidente que el empleo de líneas telefónicas para el reoriginamiento de comunicaciones desde el exterior, constituye un acto objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de las telecomunicaciones de la demandada.

Dispone el artículo 3º de la Ley 256 de 1996 que dicha normativa “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”. En el asunto sub examine ya quedó visto que los documentos incorporados como pruebas en la oportunidad debida, informan que a través de números abonados en los que aparece como suscriptor MUNDI WEB EU, ingresaron al país llamadas de tráfico internacional sin que mediara la intervención de un operador autorizado, escenario que hizo posible que las personas jurídicas que integran el proceso, concurrieran al mercado de las telecomunicaciones de manera simultánea. En efecto, la concurrencia al mercado de las telecomunicaciones de Larga Distancia Internacional de los extremos de esta acción, deviene de causas diferentes, por un lado, la demandada auspició el empleo de sus números abonados sin autorización legal con el propósito de permitir el ingreso de llamadas desde el exterior haciéndolas figurar como tráfico interno, conforme se acreditó en la diligencia preliminar de comprobación llevada a cabo por este Despacho, por el otro, la demandante tiene en su haber la concesión de una licencia por la que pagó US\$150.000.000.00 y que la habilita para operar las redes de telecomunicaciones del Estado.

Resuelve

PRIMERO: DECLARAR que la demandada MUNDI WEB EU., incurrió en el acto desleal de violación de normas (art. 18 ley 256/96), al vulnerar el contenido de los artículos 23, 50 y 52 (num. 1 al 4) del Decreto 1900 de 1990; el artículo 1° del Decreto 2542 de 1997, la Ley 142 de 1994, así como la Resolución 575 de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones en sus artículos 2.4.1 y 2.4.3. SEGUNDO: DECLARAR que la demandada MUNDI WEB EU., incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7° de la ley 256 de 1996, relacionado con la prohibición general, de conformidad con las razones expuestas. TERCERO: Denegar la declaración referente a la conducta de desviación de clientela, conforme se expuso en la parte considerativa de esta providencia. CUARTO: Con relación a la pretensión indemnizatoria, la demandante deberá estarse a lo resuelto en el numeral 2.7. de esta providencia. QUINTO: Condénese en costas a la parte demandada.

Tabla 13

Análisis de sentencia sic

Ministerio De Comercio, Industria Y Turismo Superintendencia De Industria Y Comercio Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales	
Radicado: 09062822	Fecha decisión: 31/07/2012
Consejero Ponente:	ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ
Referencia:	(Unilever Andina Colombia Limitada vs Procter & Gamble Colombia Ltda., 2012)
Competencia:	
Acción:	Civil y Comercial
Partes en el proceso:	Demandante: UNILEVER ANDINA COLOMBIA LTDA.
	Demandado: Procter & Gamble Colombia Ltda.
FRENTE A LA LITIS	
3. Demanda principal	
Pretensiones:	Se declare que su contraparte incurrió en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11° (engaño) y 14° (imitación) de la mencionada Ley. Consecuencialmente, solicitó que se condenara a la demandada a indemnizar los perjuicios ocasionados por los actos de competencia desleal.
4. Demanda de reconvención	

Que se declare que su contraparte ha incurrido en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11° (engaño), 12° (descrédito), 13° (comparación) y 18° (violación de normas) de la mencionada Ley. Consecuencialmente, solicitó que se condenara a la demandada a indemnizar los perjuicios ocasionados por los actos de competencia desleal.

<i>Invención:</i>	<i>Área</i>
<i>Excepciones:</i>	<p>Demanda principal: alega la parte demandada “Procter & Gamble Colombia Ltda.” Que el comercial fue con ocasión a las denigraciones por parte de “Unilever Andina Colombia LTDA” como respuesta publicitaria aclarando que en su comercial se exaltaban las propiedades de “H&S”, lo que descartaba cualquier intento de confusión en el consumidor</p> <p>Falta de rigurosidad en los comerciales que desacreditaban a H&S</p> <p>Demanda de reconvención:</p> <p>Los estudios estadísticos para fundamentar sus propagandas son técnicos con un nivel de confianza del 95%</p>
<i>Criterios de patentabilidad</i>	NIVEL INVENTIVO
<i>Normas violadas:</i>	Artículos 7,8,10,11 y 14 de la Ley 256 de 1996 (Demanda Principal) Artículos 7, 8, 10, 11, 12, 13 y 18 de la Ley 256 de 1996 (Demanda de reconvención)
<i>Problema jurídico:</i>	<p>¿es desleal?</p> <p>(ii) de un lado, ¿el lanzamiento de una pieza publicitaria en la que se dispone de ciertos elementos que resultan similares a los empleados por un competidor en una campaña de expectativa en la que no se alude a marca alguna? ¿dicho comportamiento resulta apto para entorpecer y disimular la entrada de dicho producto en el mercado colombiano, para truncar las expectativas respecto de su estrategia publicitaria y para aprovechar indebidamente del esfuerzo de un competidor?</p> <p>De otro lado, ¿resulta desleal el ofrecimiento de cualidades de un producto mediante afirmaciones incorrectas, erróneas y omisivas, incluyendo si ese comportamiento le otorga ventajas superiores al producto publicitado frente a los de sus competidores y además afecta la percepción que tengan los consumidores de la efectividad de los artículos en cuestión?</p>

**Hechos
destacados:**

Por medio del auto No. 315 de 2009 las partes fueron citadas a la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (fl. 125, cdno. 4), en la cual no se logró un acuerdo que terminara el litigio. Mediante auto No. 934 de 20 de enero de 2010 se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes (fls. 129 a 138, cdno. 4) y, una vez practicadas, mediante el auto No. 13513 de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar, conforme lo dispone el artículo 414 del C. de P. C., oportunidad en la cual la parte demandada en acción principal y demandante en reconvención reiteraron los argumentos expuestos en sus actos de postulación.

CONSIDERANDOS.

Interpretación prejudicial. – Tribunal – Consejo de estado

Ratio Decidendi.

2. En cuanto a la demanda principal se estipula: por las condiciones en las que tuvo lugar la difusión del comercial de “H&S”, esto es, efectuada con los elementos (música, colores, intención del locutor, tipografía, etc.) que reproducen el comercial de Clear y presentado en los mismos horarios “prime de la de televisión colombiana” en los que fue difundido aquel anuncio, resulta evidente que Procter & Gamble logró aprovecharse del esfuerzo ejecutado por Unilever con la finalidad de reforzar su producto “H&S” en el mercado colombiano y resaltar sus características y propiedades y, de esta manera, obstaculizar a su competidor desviando la atención de los consumidores a su producto “H&S”, lo que indiscutiblemente comporta una práctica contraria a los principios de honorabilidad, lealtad y sinceridad.
3. En el caso de la demanda de reconvención, el dato estadístico e informativo -del cual no se discute su veracidad- fue empleado de manera inexacta en la campaña de expectativa de Unilever, lo que genera una percepción diferente en el consumidor respecto del problema de la caspa y, por ende, induce en error a las personas a las que se dirige sobre una característica de los productos que resulta relevante para la decisión de compra del consumidor. Es del caso resaltar que en el evento en que se emplee cierta información que derive de un estudio -cualquiera que sea su clase-, debe corresponder siempre con los hallazgos o conclusiones a las que se hayan llegado, pues una alteración de ella puede conllevar a aplicar una indicación errónea que impacte de manera negativa en el mercado.

Precedentes jurisprudenciales.

Obiter Dicta.

Salvamento de voto.

Resuelve

- 1. DECLARAR** que la sociedad Procter & Gamble Colombia Ltda. Incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7° (cláusula general) la Ley 256 de 1996.
 - 2. DECLARAR** que la sociedad Unilever Andina Colombia Limitada incurrió en los actos de competencia desleal previsto en los artículos 11° (descredito) y 13° (comparación) de la Ley 256 de 1996.
 - 3. DECLARAR** probada la objeción por error grave respecto del dictamen pericial del perito José María del Castillo.
 - 4. DECLARAR** no probada la objeción por error grave respecto del dictamen pericial del perito Jorge Baquero Rodríguez.
 - 5. DENEGAR** las pretensiones elevadas por Unilever Andina Colombia Ltda. En relación con los actos desleales contenidos en los artículos 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11 (engaño) y 14 (imitación) de la Ley 256 de 1996, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.
 - 6. DENEGAR** las pretensiones elevadas por la Procter & Gamble Colombia Ltda. En relación con los actos desleales contenidos en los artículos 7° (cláusula general), 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11 (engaño), 14 (imitación) y 18 (violación de normas) de la Ley 256 de 1996, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.
-

Tabla 14*Análisis de sentencia sic*

Ministerio De Comercio, Industria Y Turismo Superintendencia De Industria Y Comercio Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales Grupo De Trabajo De Competencia Desleal

Radicado: Expediente 06096876**Fecha decisión:** 31/08/2012**Superintendente****Delegado Asuntos****Jurisdicción:**

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ

Referencia:

Decídase la acción de competencia desleal promovida por “Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respectovde la acción de competencia desleal instaurada por Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco, Gladys Cañadulce Avendaño, Industrial Technologies S.A. (en adelante: Indutecsa) y los menores Juan Sebastián y María Paula Rodríguez Cañadulce, contra Nuevos

	Recursos Ltda. (en adelante: Nuevos Recursos), Juan Manuel Fresen Martínez, Beatriz Eugenia Solano Tovar y Promotores Financieros Ltda.,
Competencia:	Asuntos jurisdiccionales de competencia desleal.
Acción:	Acción de competencia desleal
Partes en el proceso:	Demandante: Industrial Technologies S.A. (en adelante: Indutecsa y Nuevos Recursos Ltda.
	Demandado: Promotores Financieros Ltda.

FRENTE A LA LITIS

	<p>La parte demandante, en ejercicio de la acción declarativa y de condena, solicitó que se declare que los demandados incurrieron en los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7° (prohibición general) y 12° (descrédito), se les ordene abstenerse de hacer afirmaciones desleales, mentirosas y deshonestas contra la empresa demandante y se les condene a indemnizarle los perjuicios causados. la demandante aseveró que desde entonces ha sido objeto de persecución comercial por parte de los demandados, quienes han hecho pública la referida cláusula, realizando actos de descrédito respecto de proveedores y clientes, entres estos, Indumil, Equilam y Ecopetrol.</p>
Pretensiones:	<p>Los hechos de la demanda de reconvención: con posterioridad a la cesión de su participación en Nuevos Recursos, los esposos Rodríguez-Cañadulce solicitaron a la auxiliar contable que copiara y entregara todos los archivos de la contabilidad general de la compañía, borraron la base de datos e información del equipo asignado a la señora Cañadulce Avendaño y, adicionalmente, en diciembre de 2007 el señor Rodríguez Castelblanco contactó a trabajadores de la citada sociedad para que trabajaran a su servicio. Finalmente, agregó que Indutecsa ha venido comercializando y promocionando, sin autorización, productos marca “Magnaflux”, de la cual Nuevos Recursos es uno de los dos únicos distribuidores autorizados en Colombia, actuaciones todas que, en su concepto, hasta julio de 2009 le han generado pérdidas de oportunidades de negocios que valoró en la suma de \$495.000.000.</p>
Normas violadas:	violación del postulado general de la buena fe (art. 7°) y descrédito (art 12°) contemplados en la ley 256 de 1996.
Problema jurídico:	

El presente proceso impone determinar si el eventual incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por el comprador de un establecimiento de comercio, resulta causal suficiente para difundir, por parte del vendedor, un mensaje a través del cual se desautoriza al primero para usar en el mercado el nombre comercial del establecimiento que adquirió.

Hechos destacados:

La parte demandante, en ejercicio de la acción declarativa y de condena, solicitó que se declarara que su contraparte incurrió en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 9° (actos de desorganización), 10° (confusión), 11° (engaño), 12° (des crédito), 15° (explotación de la reputación ajena), 17° (inducción a la ruptura contractual), 18° (violación de normas) y 19° (pactos desleales de exclusividad) de la Ley 256 de 1996. Consecuencialmente, pidió que se condenara a la parte demandada a remover los efectos producidos por los actos desleales e indemnizar los perjuicios materiales y morales ocasionados.

Pretensiones de la demanda de reconvención.

La parte demandante en reconvención solicitó se declarara que su contraparte incurrió en las conductas desleales previstas en los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 12° (des crédito), 15° (explotación de la reputación ajena) y 17° (inducción a la ruptura contractual) de la Ley 256 de 1996 y, en consecuencia, que fuera condenada a cesar su comportamiento desleal, remover los efectos producidos por el mismo e indemnizar los perjuicios ocasionados.

CONSIDERANDOS.

Ratio Decidendi.

Se tuvo como fundamento de la decisión. Casación Civil. Sentencia de noviembre 19 de 1999, exp. 5091. y Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de agosto 11 de 2010. Rad. 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593). Con los siguientes elementos de juicio “la jurisprudencia ha precisado los elementos que configuran la pérdida de oportunidad como modalidad indemnizatoria, los cuales consisten, (i) en primer lugar, en la “certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio”, de modo que el daño no siempre estaría configurado por la transgresión de un derecho subjetivo, sino que para su perfeccionamiento bastaría la existencia de un interés o una expectativa legítimos³⁰; (ii) en segundo lugar, “imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento”, lo que significa que la oportunidad o el chance de percibir la ganancia o de prevenir el perjuicio debe haber desaparecido definitivamente³¹, y (iii) en tercer lugar, que el

afectado se encuentre “en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, aspecto que implica analizar si el sujeto pasivo de la conducta dañosa se encontraba, al momento en que aquella tuvo lugar, en condiciones idóneas para obtener la ventaja cuya pérdida fundamenta la indemnización alegada

Es necesario resaltar, y resulta evidente que el perjuicio causado a la reconviniente no puede cuantificarse por la participación en el mercado que tiene Indutecsa ni por las ventas que efectivamente realizó en el mercado colombiano de productos, provenientes de las casas matrices incluidas en el referido listado, sino por la pérdida de oportunidad que pudo haber sufrido Nuevos Recursos como consecuencia de la conducta desleal

Teniendo en cuenta que acerca de este específico asunto ha dejado sentado la jurisprudencia que “[c]on referencia específica al invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por supuesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas.

Obiter Dicta.

Refiere la decisión, que aplicando el bagaje jurisprudencial citado, es imprescindible acudir a la equidad a fin de calcular los perjuicios que se le pudieron ocasionar a la parte demandante, herramienta jurídica contemplada en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, que determina que “[d]entro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará criterios técnicos actuariales”, aspecto que encuentra un fundamento adicional en el numeral 1º del artículo 38 del C. de P. C.

Dentro de los aspectos mas importantes para resaltar son las conclusiones generales establecidas por el perito corresponde a la diferencia derivada entre el valor proyectado de Nuevos Recursos con base en su comportamiento hasta el año 2007 y el flujo real obtenido en el año 2008 actualizado a 2011, (Subrayado para el escrito de investigación) esto es, la suma de 1.344.280.000, razón por la cual la indemnización a la que se condenará solidariamente a la parte demandada en reconvención equivale a la suma de \$268'856.000, de conformidad con lo normado en el artículo 2344 del Código Civil.

33 CSJ, Sala de Casación Civil, M.P: Pedro Octavio Munar Cadena, sentencia de 5 de octubre de 2004, exp.6975.

Resuelve

1. Declarar que 1. Declarar que Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco, Gladys Cañadulce Avendaño e Industrial Technologies S.A. incurrieron en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7° la Ley 256 de 1996 (violación de la cláusula general).
 2. En consecuencia, condenar a Industrial Technologies S.A., Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco y Gladys Cañadulce Avendaño a pagar solidariamente a la parte demandante, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de \$268'856.000. Pasado ese término, los referidos demandados en reconvención deberán reconocer intereses de mora a la parte demandante a la tasa del 6% efectivo anual.
 3. Desestimar las demás pretensiones formuladas por las partes, tanto las incluidas en la demanda principal, como las restantes de la demanda de reconvención, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
 4. Declarar la falta de legitimación por pasiva de Promotores Financieros Ltda. y la ausencia de verificación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 256 de 1996 respecto de Juan Sebastián y María Paula Rodríguez Cañadulce.
 5. Condenar en costas a la parte demandante. Para el efecto se fija por concepto de Agencias en derecho, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes³⁴ que ascienden a ocho millones quinientos mil quinientos pesos (\$8.500.500) a cargo del extremo demandante (demandado en reconvención). Secretaría proceda de conformidad.
-

4.7 Análisis jurisprudencial corte suprema de justicia

Tabla 15

Análisis de sentencia corte suprema

Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Civil		
Radicado:	Exp. T. No. 11001-02-03-000-2013-01442-00	Fecha decisión: 18/07/2013
magistrado Ponente:	Margarita Cabello Blanco	
Referencia:		

Máquinas y Montacargas Equiparse S. A. S. en frente de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, integrada por los magistrados Liana Aida Lizarazo Vaca, Ruth Elena Galvis Vergara y Myriam Inés Lizarazu Bitar, y la Superintendencia de Industria y Comercio.		
Competencia:	Jurisdicción civil, constitucional	
Acción:	Acción de tutela	
Partes en el proceso:	Demandante:	Máquinas y Montacargas Equiparse S. A. S.
	Demandado:	Sala civil del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá y la SIC.

FRENTE A LA LITIS

Pretensiones:	La sociedad actora demanda la protección constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo y buen nombre, presuntamente vulnerados por los acusados dentro del juicio verbal de competencia desleal que la empresa Montacargas y Equipos Su Servicio S. A. formuló en su contra.	
Normas violadas:	Artículos 13,16,25,29 de la constitución política	
Problema jurídico:	Dentro del proceso correspondiente, la acción de tutela puede proteger a una afectado de un yerro judicial en aras de que no se hayan vulnerado el derecho al debido	
Hechos destacados:	<p>la sociedad anónima Montacargas y Equipos Su Servicio estaba conformada por las familias Hernández Giraldo y Carrillo Blanco; empero, “debido a desavenencias personales”, este último grupo de parientes “resolvió retirarse de [la mentada] compañía”, para lo cual suscribieron “un acuerdo denominado</p> <p>Dentro del referido convenio se impuso “a los cedentes de las acciones (es decir a la familia Carrillo), ‘abstenerse de realizar negociaciones directas’ con determinadas empresas” de las que “Su Servicio es contratista”.</p> <p>Bajo la invocación de que no se cumplió “con el acuerdo de transacción” incurriéndose así “en actos de competencia desleal”, fue promovido el asunto sub lite, mismo que la Superintendencia acusada definió en primera instancia mediante sentencia estimatoria de 12 de septiembre del año pasado.</p> <p>Apelada como fue esa determinación, el Tribunal querellado la confirmó el</p>	

día 30 de enero de 2013.

Se duele que dicho laborío aquilató indebidamente el acervo probatorio compilado, pues “[a] pesar que [los enjuiciados] valoraron la declaración rendida por el representante legal de la demandante, lo cierto es que otorgaron un valor diferente e inexplicable a tal prueba, a[u]n en contra del sentido normal al de las palabras expresadas” ya que al efecto se “señaló claramente que el objetivo de esa cláusula era limitar la competencia”, esto por un lado; y, por otro, apoyó su decisión en “normas extranjeras” olvidando “por completo aplicar las normas y pronunciamientos nacionales”, como son los artículos 44 del Código Sustantivo del Trabajo, 44, 47 y 49 del “Decreto 2153 de 1992, así como la Sentencia C-535 de 1997”, los que contemplan, “por vía de excepción”, los “casos y criterios a partir de los cuales” los “acuerdos restrictivos de la competencia puede llegar a ser válidos”. Por ende resultaron quebrantados sus intereses, dado que debió declararse la “ineficacia de la cláusula de restricción de acceso a clientes” que fue ajustada.

CONSIDERANDOS.

Ratio Decidendi.

El juez de tutela no es el llamado a intervenir a manera de árbitro para determinar cuáles de los planteamientos valorativos y hermenéuticos del juzgador, o de las partes, resultan ser los más acertados, y menos acometer, bajo ese pretexto, como lo pretende la actora, la revisión oficiosa del asunto, como si fuese uno de instancia” (Providencia de 7 de marzo de 2008, Exp. T. N°. 2007-00514-01) y, de otra, que “la adversidad de la decisión no es por sí misma fundamento que le allane el camino al vencido para perseverar en sus discrepancias frente a lo resuelto por el juez natural” (Sentencia de 28 de marzo de 2012, Exp. T. N°. 00022-01), entre otras cosas, “pues lo que en últimas pretende la accionante es que por esta vía constitucional se reviva una discusión suficientemente ventilada ante la justicia ordinaria, en la que se debatieron las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, además, quien acudió a esta sede, contó con las posibilidades de contradicción y defensa en las dos instancias autorizadas por la ley” (Sentencia de 2 de mayo de 2011, Exp. T. N°. 00012-01; reiterada en el Fallo de 18 de febrero de 2013, Exp. T. N°. 00251-00).

Precedentes jurisprudenciales.

- Sentencia de 2 de mayo de 2011, Exp. T. N°. 00012-01; reiterada en el Fallo de 18 de febrero de 2013, Exp. T. N°. 00251-00).
- (Sentencia de 28 de marzo de 2012, Exp. T. N°. 00022-01),
- Providencia de 7 de marzo de 2008, Exp. T. N°. 2007-00514-01)
- (Sentencia de 24 de junio de 2011, Exp. T. N°. 11001-02-03-000-2011-01225-00).

Obiter Dicta.

Conforme a lo anterior, coligió que “el pacto suscrito entre las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad es válido, ya que se limitó a un periodo de tres años y su contenido,

de cara al hecho de que la demandada aceptó abstenerse de realizar negociaciones directas con las empresas señaladas en el acuerdo, no es irrazonable; antes bien, se trata de un pacto cuyo sentir no podía ser otro que proteger a la demandante frente a la competencia del vendedor y garantizarle el valor íntegro de los activos transferidos, lo que se lograba limitando su radio de acción futuro frente a las empresas de las cuales Montacargas y Equipos Su servicio S.A. era contratista”. emerge diáfana la inviabilidad de la protección extraordinaria reclamada, en la medida en que no están demostradas las circunstancias estructurantes del yerro judicial que pudiera abrir las puertas del éxito de la pretensión constitucional ventilada, de modo que no surge inaplazable la necesidad de intervención del juez de amparo.

Desde luego que, si fuera de otra manera, se menguaría la autonomía e independencia con las que ha sido investido el juzgador de la causa para interpretar y aplicar la ley, fuera de que el de tutela lo desplazaría y se arrogaría competencias que no le corresponden, con lo cual introduciría el caos y desconcierto entre los litigantes, máxime cuando, aparte de explicitarse fundadamente los motivos decisorios que al efecto condujeron a su adopción, surge que el acervo demostrativo fue sopesado en conjunto según a pautas de apreciación que lucen respetables en tanto se enmarcan dentro de las reglas de la sana crítica, derivando del mismo las deducciones a que se llegó, esto es, de un lado, que la cláusula contenida en el “acuerdo de transacción” mal “puede tildarse de ineficaz” sino que por contrario conforme al postulado de la autonomía de la voluntad se estima “válida” y, de otro, que la empresa peticionaria “sí incurrió en conductas de deslealtad y que está incurso en la prohibición general señalada en el artículo 7 de la Ley 256 [de 1996] que fuera invocada por la actora en su demanda”, proceder que se afincó en lo reglado, entre otros preceptos, por los artículos 174, 177, 187 y 277 de la ley de ritos civiles, 1602 y 1620 del Código Civil, las Leyes 178 de 1994 y 256 de 1996, y el Decreto 2153 de 1992.

Por supuesto que, cabe destacarlo, al contrario de lo aseverado por la sociedad quejosa, en el fallo materia de reproche no se dejó de atender la ley nacional ni mucho menos, así como tampoco la jurisprudencia constitucional patria, pues si bien a fin de esclarecer algunos aspectos concernientes con el debate se hizo alusión a tópicos del derecho europeo -lo que no es en modo alguno reprochable sino todo lo contrario-, lo cierto es que la decisión adoptada tuvo por confín el orden jurídico colombiano, entendido tal que de suyo desestructura uno de los precisos reproches enrostrados en el libelo tutelar.

Resuelve

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NIEGA** el amparo constitucional solicitado.

5. Consideraciones del capítulo.

Sin duda alguna la consolidación de los cuadros jurisprudenciales con la información conceptual necesaria para la extracción de los conceptos relevantes desde los actos de

competencia desleal en cabeza de comerciantes profesionales, los actos que atentan contra la reputación comercial, el nexo causal ayudan a identificar cuáles son las circunstancias más recurrentes que son el centro de atención del presente trabajo, pues la recopilación de forma ordenada y sistemática del insumo conceptual de fondo presentado por el Consejo de Estado, la C.S.J. y la SIC, principalmente representa un claro avance en la consolidación de estructuras normativas específicas y aplicables a casos homólogos desde una interpretación jurisprudencial de la normatividad en sentido holístico y sistemático.

Se evidencia en las sentencias que las decisiones tomadas recurren a la valoración del perjuicio por medio del criterio práctico y experiencia de los peritos auxiliares de la justicia, que reúnen variables importantes en cada caso, pero que también pueden ser diferentes, bajo un criterio sustancial propio, sin que los conceptos, sean ilegales, solo que dan apreciaciones subjetivas ajustadas a una formación académica o una forma de pensar desde un punto de vista profesional, que en nada estamos cuestionando, pero vemos como pueden variar el uno del otro, por mero criterio.

A esto se le debe sumar la identificación de los conceptos emitidos por el Tribunal Andino de Justicia, los cuales forman parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado como interpretaciones prejudiciales de los artículos de la decisión 486 del año 2.000, como elemento integrador de la interpretación, no solo desde máximo ente judicial en Colombia para tomar estas decisiones, si no, desde la concepción de la norma como elemento vinculante supranacional aplicable en concordancia con los principios y valores de la Comunidad Andina de Naciones, y sustancialmente la importancia del bloque de constitucionalidad, como el tratado de París suscrito y ratificado por Colombia.

La evaluación de las decisiones de las altas cortes citadas y la SIC desde la estructura

conceptual de la jurisprudencia a través de la metodología de Bernal Pulido, permite la lectura ordenada de las sentencias estableciendo prioridades a los criterios de responsabilidad frente a los actos de competencia desleal contra de la reputación comercial o buen nombre más relevantes desde su concepción teórica-jurídica y práctica en la toma de una decisión en el ámbito jurídico y la ruta utilizada para poder determinar el perjuicio y medirlo.

Una vez finalizado el desarrollo metodológico de las sentencias identificadas, y desarrollados los aspectos relevantes de los criterios contenidos en las variables estructuradas, se dará paso al tercer capítulo en donde se evidenciará la recopilación de información de los aspectos relevantes de las variables jurisprudenciales y los aspectos sustanciales de la norma plasmados en la jurisprudencia y las decisiones de la SIC, principalmente.

5.1 Examen sustancial de los criterios de Valoración del perjuicio

En la segunda parte, se analizará el fondo los elementos sustanciales de las sentencias, realizando análisis cualitativos sobre los conceptos recopilados, desde una perspectiva individual y como parte del sistema de protección de los derechos intangibles. Cabe resaltar que los conceptos identificados y extraídos serán contrastados con los conceptos prejudiciales emitidos por las altas cortes, rescatados de las sentencias y plasmados en los cuadros de información.

Por otra parte, el análisis cualitativo- descriptivo se presenta como un estudio de fondo de los conceptos y criterios analizados, teniendo en cuenta una metodología conceptual de extracción de la información que lleva finalmente a la comprensión de los contenidos de fondo sobre el objeto de análisis.

5.2 Análisis de las variables jurisprudenciales. Las variables jurisprudenciales

identificadas a través de los cuadros desarrollados en el segundo acápite, se realiza como valor agregado al trabajo en un sentido estrictamente académico. El objetivo del trabajo es netamente cualitativo y descriptivo, y por consiguiente es necesario aclarar que la muestra tomada para la ejecución del presente escrito está determinada por criterios igualmente cualitativos, a pesar de esto, los resultados del estudio de las variables que se tienen del simple conteo de la información. Son tan atractivos las apreciaciones, que se hace necesario mencionarlos según los criterios temporales, institucionales (sic), del objeto de estudio (la competencia desleal), del criterio de asuntos que atentan contra el buen nombre o reputación comercial y finalmente frente a la decisión tomada por el consejo de estado jurisprudencialmente hablando, como referencia sobre estos aspectos, con el fin de realizar la reparación del daño a partir del perjuicio y sus probanzas.

En esta sección se presentarán reflexiones sobre la información disponible teniendo en cuenta que lo recopilado fue tabulado para su mejor lectura y comprensión desde un punto de vista sistemático, entendiendo tendencias desde el punto de vista sustancial dirigidas a la interpretación y aplicación de la norma en escenarios facticos específicos.

5.3 Frente Competencia desleal y reconocimiento de perjuicios.

La primera de las conclusiones de la tabulación de las variables jurisprudenciales que busca establecer si las acciones judiciales impetradas por actos de competencia desleal, hay reconocimiento de perjuicios.

La presentación de la solicitud de reconocimiento del perjuicios por actos de competencia desleal contra la reputación comercial, no indica que la sentencia los reconozca, en

donde queda en firme la decisión y se resuelve de fondo o bien simplemente la suspensión del perjuicio.

Como se puede observar las sentencias buscan integrar elementos de actualidad para poder verificar el avance de las diferentes posiciones en el ámbito investigado.

En este sentido, es necesario evaluar la forma en la que se resuelven los procesos judiciales en este tema, entendiendo los principios de celeridad, eficacia, eficiencia y de justicia y son actuales en su aporte a la investigación.

5.4 Frente a la decisión en sede administrativa de la SIC

En relación a la concesión del derecho o sanción o interrupción de la vulneración de los derechos por actos de competencia desleal contra el buen nombre, se evidenció mayor agilidad que las altas cortes, entendiéndose que se trata específicamente de su especialidad.

La mayor parte de las acciones litigiosas tienen origen en las decisiones adoptadas por la superintendencia de industria y comercio, inicialmente cuando son preventivas o sancionatorias, toda vez que las acciones incoadas son de naturaleza comercial o civil, y los efectos iniciales pueden ser administrativos, o pueden ser jurisdiccionales y posteriormente pueden ser susceptibles de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos administrativos emitidos por esta entidad o bien por casación cuando directamente es por vía civil en la jurisdicción ordinaria. A continuación, se relaciona el cuadro consolidado sobre la competencia y la decisión simple.

Tabla 16

Consolidado de decisiones de la SIC, C.S.J. frente a las solicitudes

Nº	Radicado	Decisión
----	----------	----------

1	Expediente No. 5091 C.S.J.	NIEGA la solicitud NO CASA
2	Expediente 06096876	Niega pretensiones de competencia desleal
3	Expediente 04088800	Competencia desleal por desviación de clientela..
4	Exp. T. No. 11001-02-03-000-2013-01442-00	NIEGA amparo de tutela contra Tribunal y SIC
5	Exp. 11001-0203-000-2009-00973-00	NO CASA recurso extraordinario de revisión contra sentencia del tribunal. Por comp. Desleal.
6	Expediente 07028968	Reconoce existencia de acto de competencia desleal. Actos de desviación de clientela confusión.
7	Expediente: 03025549	NIEGA la pretensión y declara probada la excepción de merito.
8	Expediente N° 03089806 -- SIC	Reconoce existencia de acto de competencia desleal. Niega otras pretensiones.
9	09062822 S.I.C.	Reconoce existencia de acto de competencia desleal
10	Expediente 06096876	Competencia desleal Demanda de reconvención- perjuicios .(Desviación de clientela, utilización de reputación ajena)

Los valores porcentuales de la decisión de la SIC frente a las solicitudes En las providencias analizadas se evidencian que cada uno de los fallos cuando reconocen actos de competencia desleal acuden a auxiliares de la justicia, expertos que recogen la información y aportan un valor al juzgador. El cual casi siempre es acogido.

5.5 Frente a la pretensión más utilizada “resumen”

A continuación se indica en primera medida la identificación de la sentencia, nuevamente

a través del número interno de identificación y el radicado, y en seguida el nombre del Despacho que asumió el manejo del expediente y la pretensión de la decisión.

Tabla 17

Consolidado del organismo judicial utilizado

Nº	Radicado	Entidad
1	Expediente No. 5091	C.S.J.
2	Expediente 06096876	SIC
3	Expediente 04088800	C.S.J.
4	Exp. T. No. 11001-02-03-000-2013-01442-00	SIC
5	exp.11001-0203-000-2009-00973-00	C.S.J
6	Expediente 07028968	SIC
7	Expediente: 03025549	sic
8	Expediente 03089806	SIC
9	Expediente 09062822	S.I.C.
10	Expediente 06096876	SIC

Teniendo en cuenta el cuadro resumen anterior, presentamos la información diagramada según la pretensión la decisión de las entidades que judicialmente resuelven los procesos por competencia desleal frente al buen nombre o reputación comercial.

5.6 Frente al criterio de reconocimiento de perjuicios.

Las decisiones de la C.S.J. y la SIC sobre las solicitudes de reconocimiento de perjuicios por actos de competencia desleal referentes al buen nombre a partir de providencias basadas en probanzas, motivadas en las pretensiones y argumentos de la parte demandante, pues la carga

probatoria inicialmente recae en la parte activa del hecho generador del perjuicio, y la parte pasiva debe probar lo contrario. En este sentido para desestimar la pretensión del demandante es por su incapacidad de probar o demostrar. No obstante en repetidas ocasiones se presentan demandas de reconvención.

En este sentido los pronunciamientos similares son basados en la argumentación jurídica, con pilares de justicia y ética.

Empero todas las decisiones que conceden perjuicios se basan en la valoración hecha por peritos expertos.

A continuación, presentamos un diagrama de barras con la información recopilada en el cuadro resumen, en donde se podrá apreciar de forma clara los datos presentados.

Tabla 18

Consolidado de criterios de pretensión de competencia desleal y reconocimiento de perjuicios.

Nº	Radicado	Entidad	PRETENSION	
			Competencia desleal	Perjuicios
1	Expediente No. 5091	C.S.J.	x	x
2	Expediente 06096876	S.I.C.	x	
3	Expediente 04088800	C.S.J.	x	
4	Exp. T. No. 11001-02-03-000-2013-01442-00	S.I.C.	x	
5	exp. 11001-0203-000-2009-00973-00	C.S.J	x	x
6	Expediente 07028968	S.I.C.	x	x
7	Expediente: 03025549	S.I.C.	x	
8	Expediente 03089806	S.I.C.	x	
9	Expediente 09062822	S.I.C.	x	x
10	Expediente 06096876	S.I.C.	x	x

5.7 Frente a la decisión de las entidades relacionadas C.S.J. y la SIC.

Finalmente se expondrán las consideraciones referentes al reconocimiento en las decisiones de los actos de competencia desleal frente al buen nombre y tasación de perjuicios por parte de las altas cortes estudiadas y la SIC. En este aspecto, y a fin de determinar si hay homogeneidad y confirmación o reconocimiento sobre la ruta jurídica para determinar o valorar los perjuicios en los casos precitados en la investigación.

Sobre las decisiones Judiciales C.E. en casos de reparación directa y la C.S. J. y La SIC frente a los Actos de competencia desleal y las pretensiones sobre perjuicios, es necesario resaltar que el 100% de la muestra tomada especialmente en la C.S.J. y la SIC todas las decisiones reconocieron las pretensiones y algunas fueron condenadas la parte generadora del perjuicio y se remiten específicamente a la necesidad de contar con la apreciación profesional del perito, es decir lo que su experticia y técnica les dicte.

Como ya se dijo anteriormente, también se presentan demandas de reconvención, y se han tasado perjuicios a ambas partes que conforman la Litis.

5.8 Frente a los actos específicos de competencia desleal; la desviación de clientela, confusión, actos de descredito, explotación de reputación ajena

Finalmente se podría resaltar de estos análisis la influencia que tiene la marca y la patente dentro de la normativa referente al buen nombre y la posible utilización ilegítima de este para favorecer su economía y causando a su vez un perjuicio a aquella que está legitimada, se refleja de manera importante en la desviación de clientela. Por tanto, es importante tener en cuenta los efectos sobre el sistema de propiedad industrial y la patente en general, respecto de la reputación comercial, pues es un medio de evidenciar posibles perjuicios. (BIO SIDUS S.A. VS SIC, Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo sección primera Bogotá,

D.C., cuatro (04) de mayo de dos mil once 2011 Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00268-01) (RAFAEL ENRRIQUE USTAU DE LAFONT PIANETA, 2011)

6. Metodología

El desarrollo de la compilación de conceptos jurisprudenciales, de esta definición, que abarca el ámbito de la metodología cualitativa. Esta cualidad de “profundización” permite al analista tener el control sobre el objeto de estudio, partiendo de conceptos simples, pero evidentes que se desglosan para dar paso a conceptos más densos, complejos y profundos. (Taylor, 1987)

Para el caso en cuestión esta característica es la que determina el uso de esta metodología como eje principal del trabajo, pues a través del estudio de los casos seleccionados y su análisis conceptual, se procederá a recopilar los criterios similares, repetitivos o idénticos que finalmente desembocarán en la compilación de bases conceptuales generales que podrán ser aplicadas de fondo a casos de similar naturaleza. En un sentido práctico, la capacidad holística de esta metodología cualitativa permitirá la cohesión de criterios generales, a través de la compilación del estudio de conceptos particulares. (Castillo, 2003)

Con lo expresado, el análisis cualitativo se realizó sobre cada uno de los criterios de valoración de perjuicios causados por actos de competencia desleal y los elementos que lo componen y lo identifican. Esta compilación se complementará con apartes de las interpretaciones judiciales y prejudiciales emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y otras entidades Gubernamentales como la DIAN. A continuación, se presenta el resultado de la aplicación de la metodología cualitativa a la recopilación de información

jurisprudencial realizada en el capítulo segundo y determinará el desarrollo del capítulo tercero en su esencia.

6.1 Consideraciones Finales del Capítulo.

El estudio de la jurisprudencia del C. E. , C.S.J. las decisiones de la SIC desde las dos perspectivas propuestas ofrece unas oportunidades diferentes de interpretación de los resultados, pues la inclusión de diferentes elementos de valoración que normalmente no se contemplan en conjunto, amplía para el lector la comprensión de la importancia de relacionar adecuadamente la causación de perjuicios por actos de competencia desleal contra la reputación comercial desde su teleología y su componente sistemático. En este sentido es apenas natural que los estudios analizados se hayan realizado desde las dos metodologías, siendo por su puesto el objeto central de este trabajo la compilación de conceptos jurisprudenciales a través del análisis cualitativo de los contenidos de las sentencias y la metodología de análisis jurisprudencia de Bernal Pulido señalada en este capítulo, de donde se extractará información necesaria para poder desarrollar el siguiente capítulo tomando elementos categóricos para determinar el daño y hallar el perjuicio.

Se puede inferir que hay actos de competencia desleal más comunes, pero que en síntesis, al causar un perjuicio afecta la economía de la empresa o establecimiento comercial,

7. Capítulo III: Hacia la cuantificación de lo intangible (Good Will). Los bienes intangibles y el Good will- Buen nombre o reputación Comercial.

El buen nombre constituye un derecho fundamental constitucional de gran importancia, que debe ser respetado por toda autoridad estatal y por cualquier empresa privada. En un

Estado social democrático de derecho, debe garantizarse que los ciudadanos convivan en un ambiente sano, donde prima el respeto por el otro, tanto de sus opiniones como de sus actuaciones.

Puede decirse, que el respeto por el Good Will, y la honra es respetado en su mayor medida por particulares y empresas privadas, pero es preocupante en el caso contrario puesto que pocos acceden a la rama judicial para denunciar, salvo empresas de gran reconocimiento en el mercado, que sienten con arraigo los perjuicios que se causan.

De acuerdo a la concepción propuesta por Silvia Cachay puede entenderse el Good will, como “aquella reunión de distintos atributos propios de una empresa que aportan cierto valor a la entidad, y son aquellas características principales no materiales de la empresa las que hacen que se reconozca su rendimiento superior frente a otras entidades.”

Frente a lo anterior son distintos los bienes intangibles los que categorizan la importancia del Good will, estos hacen que una empresa sea reconocida por la gente, la cual estima que su labor se desempeña adecuadamente, produciendo en la entidad o establecimiento cierto tipo de credibilidad y seguridad a las personas; las cuales consumen o adquieren sus servicios y se generan más ganancia que se refleja en los libros contables y el posicionamiento. Existen muchos tipos de bienes inmateriales, tales como: buenas relaciones laborales, clientela, fórmulas secretas y programas de participación, etc. Estos elementos son los que fortalecen a un establecimiento, haciendo que tenga una posición de gran importancia dentro del mercado.

De acuerdo con lo anterior el concepto de Good Will identifica una empresa en su conjunto, comprendiendo que su actividad económica la componen activos materiales e inmateriales.

En relación a lo expuesto, es necesario resaltar la importancia del reconocimiento de la marca en el mercado, viéndose reflejado en la reputación, que se puede observar como una forma de crédito, por lo tanto, abordaremos el significado de la misma, así:

7.1 La marca notoria

Puede entenderse marca notoria, como aquella marca que es conocida por la mayor parte de consumidores que usualmente contratan para recibir ciertos servicios o productos determinados. Como ejemplo internacional podemos citar a Coca cola, y localmente Cola Hipinto, no requieren de otra cosa que su imagen corporativa, para permanecer en el mercado. Dentro del ámbito social, la gente reconoce ampliamente una marca debido a diversos factores, como la antigüedad, la publicidad o el uso repetitivo y masivo de medios de comunicación que permite su difusión y de esta forma el reconocimiento.

Se ha definido la marca notoria también como aquella marca provista de la cualidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes al grupo de consumidores o usuarios de bienes o servicios.

De acuerdo a Manuel Areán Lalín, se reconoce como marca notoria “Aquella que es conocida por la mayor parte de los consumidores que usualmente adquieren o contratan la clase de productos o servicios que necesitan”. Entre otras cosas, respecto del uso de la marca Notoria, en Colombia, cuando se va a dejar de utilizar el registro de una marca, es necesario tener cuidado puesto que al momento en que se deja de utilizar una marca, esta queda dispuesta para ser utilizada por otra persona jurídica; lo importante aquí es que una empresa de no tan alto prestigio que tenía dicha marca notoria podría hacer uso de dicho buen nombre, y dejar de generar ganancias, pero registrarla y actualizar el mismo, reportando los movimientos financieros, así se mantiene vigente conservando todos atributos y no dejándolos a merced del

mas hábil.

Son diversas las herramientas con las que puede hacer uso una empresa, como el Know how (Charan, 2007), “ dominar este know how, le permite diagnosticar cualquier situación y ejecutar las acciones adecuadas, con la capacidad de liderazgo para interpretar cualquier situación que se presente”, donde también puede entenderse como la habilidad técnica o conocimiento práctico de cómo lograr un objetivo específico es observar las tendencias del mercado, y en general todo conocimiento técnico que es secreto, restringido y confidencial, todo esto entra dentro del reconocimiento del Good will o reputación mercantil como se ha dicho .

Otros aspectos relacionados y que sirve de alguna manera para orientar la investigación es el aspecto tributario o rentístico, el cual se puede revisar, así:

7.2 El Good will en asuntos tributarios

La implementación del Good will o de los intangibles en materia tributaria, ha sido de gran importancia al momento de hacer las declaraciones de renta y pagar tributos al Estado. Hoy por hoy, el Good will ha tenido un gran avance en materia tributaria, pues ha sido difícil tasarlo, tanto en asuntos tributarios, como en el avalúo del mismo, al realizar un negocio jurídico, que puede ser una compraventa en el artículo 1849 Código Civil (REPUBLICA, Código Civil Colombiano, 2016) o un arrendamiento comercial referido al artículo 603 del Código de comercio (República, 2016) dentro del ámbito comercial o reconocimiento del buen nombre. Es útil decir que el Good Will puede ser formado o adquirido, por medio de compra, aporte u otro medio. Tributariamente hablando la reputación comercial hacia el año 1959 debía fijarse en la jefatura de rentas e impuestos nacionales, para poder determinarse un valor para la

tributación, esta circunstancia podía analizarse como una forma de materializar el valor de los intangibles.

El Good Will se ha regulado a través de la historia por medio de distintas leyes y decretos. Es así como en el Decreto 554 de 1942, en el artículo 33, con lo relativo a bienes incorporales, se fijó en su momento que el contribuyente propietario de bienes intangibles debía probarlo en su declaración de renta. Posteriormente, otra ley llegó a regular distintos aspectos de intangibles respecto al Good will, con el Decreto Reglamentario No. 526 de 1945. Al respecto, anteriormente, distintas leyes habían establecido como se debía considerar el buen nombre comercial al momento de realizar una declaración de renta, cómo también lo expresaba la ley 35 de 1934, lo que indica que el Good will se ha venido reconociendo e incluso que al transferirlo a otro dueño, este puede variar en su apreciación monetaria, es decir podría aumentar su valor.

Por medio de la sentencia del 28 de Octubre de 1959, con Magistrado ponente Alejandro Domínguez,⁷ se explica la trascendencia e importancia del Good will. En esta sentencia se observa que el buen nombre comercial es parte del patrimonio de una persona y debido a su alcance en la vida comercial, y al considerarse como parte del patrimonio, así mismo debe ser

7. GOOD WILL FORMADO - Su estimación se hace con el justiprecio de los peritos y según lo previsto por el Decreto 554 de 1992 Por eso con todo acierto, dicha oficina ha sostenido en constante doctrina que mientras la estimación de los intangibles o good-will FORMADO ``se hace siempre con base en el justiprecio de los peritos y con arreglo a las prescripciones de los artículos 33 y siguientes del Decreto 554 de 1942, en los casos de good-will ADQUIRIDO hay que distinguir si han sido adquiridos (sic) sin precio aplicado anteriormente por la Jefatura o con precio aplicado por la Jefatura, y también hay que tener en cuenta si la base de capitalización, en caso de aplicación oficial, se halle o no vencida. Si se trata del traspaso de un good-will reconocido y aplicado ya oficialmente para efectos fiscales y cuya tasa de aplicación se encuentra vencida, la solicitud de reconocimiento trae como consecuencia la certificación y el avalúo de los intangibles cedidos; pero si la tasa no se halla vencida, sólo es procedente la aceptación de la cesión efectuada sin necesidad de avalúo. Así lo establece claramente el artículo 10 del Decreto 526 de 1945". En conclusión: todo good-will que figure contabilizado y haya sido objeto de aplicación o reconocimiento por parte de la Jefatura de Rentas, produce efectos fiscales, siempre que se encuentre vencida la tasa de capitalización, y por consiguiente, si se cede o traspasa, la Jefatura debe reconocerlo o aceptarlo en el patrimonio del adquirente, si éste así lo solicita (artículo 2º, Decreto 526 de 1945). Mas, cuando el good-will objeto de la cesión, tiene vencida la tasa de capitalización, la Jefatura no está obligada a aceptarlo sin su reavalúo por peritos, porque se encuentra vencido el término tenido en cuenta en el primitivo avalúo ``como de perduración de las circunstancias determinantes de las superutilidades correspondientes.

tenido en cuenta al momento de hacer una declaración de renta, haciendo visible lo invisible.

Es significativo destacar en esta sentencia que para determinar el valor del Good Will, es preciso tener en cuenta aquellas posibles ganancias futuras que no van a estar determinadas por factores inmutables, sino que por el contrario, cualquier hecho o situación puede hacer que un intangible pierda su valor, se cambie de perspectiva por una persona al adquirirlo o que finalmente a no generar ganancias al momento de cederlo.

Frente a los diferentes factores que pueden determinar la creación o conservación del buen nombre, y los efectos, que pueden llegar a producirse por la afectación al buen nombre o reputación comercial, se decía en la sentencia citada, que era necesario adquirir los servicios de un perito para poder establecer el valor de un perjuicio de esta naturaleza.

Por lo dicho las altas cortes deben tener un concepto bien constituido que permita establecer cómo debe valorarse el Good Will en distintos aspectos y desde distintas orbitas en temas tributarios, en el amparo de vulneración de derecho al buen nombre comercial, o por disputas por no tasarse bien un intangible, etc.

De esta manera, puede un juez dirigirse fácilmente a un mecanismo legal que le agilice tomar una decisión, y que esta decisión sea proyectada en bases justas y que no se pierda el valor objetivo que debería tener el Good Will.

Siguiendo a Devis Echandía, en comentario expuesto en la sentencia de 1959, el Good Will podría entenderse en el ámbito colombiano que la vigencia del avalúo del Good will es la del término del rendimiento futuro que sirviera de base para la fijación de la tasa de capitalización, Es decir, La tasa de capitalización o más conocida como CAP es el cociente que

se obtiene dividiendo el ingreso neto producido entre el valor de la propiedad. Es un factor muy práctico para conocer el valor estimado de una propiedad en un instante dado.

Con esto, el Doctor Echandía pretende introducir o conceptualizar como se debería regular el buen nombre en asuntos tributarios. El Consejo de Estado por su parte, establece que para el cálculo de renta presuntiva, es el patrimonio líquido el que se adquiere en el año anterior. Se determinaría entonces, que la regulación en materia tributaria la conforma el total de los bienes y derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente. La renta presuntiva, (Artículo 189 modificado por la ley 1819 de 2016)

*“**BASE Y PORCENTAJE DE LA RENTA PRESUNTIVA.** Para efectos del impuesto la renta se presume que la renta líquida del contribuyente no es inferior al tres y medio por ciento (3,5%) de su patrimonio líquido, en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior.”*

Como de su nombre se puede intuir, es una presunción de ley, o una ficción legal, ya que se trata de una presunta ocurrencia de un hecho que se puede convertir en base gravable aunque no haya existido. (Ortiz, s,f), esto quiere decir, que los bienes o derechos tangibles o intangibles visibles dentro de los activos de una empresa son valores que tributan y por lo tanto son cuantificables.

Respecto al tratamiento que se le da en materia tributaria a los bienes intangibles es necesario tener en cuenta que depende de la clasificación legislativa que se les aplica como la duración limitada o ilimitada del mismo, lo que hace que se tengan en cuenta como gastos deducibles a la hora de hacer una declaración de renta. Es útil decir, que debe darse un régimen similar a aquellos elementos que hacen parte del Good will de una empresa para que a partir de un análisis detallado y respetando el principio de causalidad puedan deducirse gastos de estos

bienes en la declaración de renta. Esto en conformidad al artículo 75 del Estatuto tributario nacional, es dónde se debe tener en cuenta para la tributación, la que el contribuyente hace, de acuerdo al reconocimiento de los gastos que se hacen a partir de los elementos del good will, se realizan siguiendo los parámetros de este artículo, el cual explica lo referente a los bienes incorporales formados principalmente.

7.3 Valoración del Good Will en La Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Para el Consejo de Estado se refiere a bienes intangibles como ciertos derechos, propiedades intelectuales o informáticas o sistemas técnicos, forman parte del patrimonio, los cuales son objeto de la deducción por adquisición de activos fijos reales pero que no son activos reales. (Palacio, 2007) En la Jurisprudencia del Consejo de Estado, desde 1940 se encuentran fallos que resuelven apelaciones respecto sentencias de asuntos tributarios en relación con el Good Will, como por ejemplo controversias cuando en la declaración del patrimonio no se incluía este o cuando vencía el plazo para incorporarlo a esta. (Lamus, 1959)

En estos fallos se podía observar, que estas apelaciones se resolvían confirmando lo expuesto en la primera instancia, además manifestaban que el Good Will se fija por el precio de adquisición o mediante avalúo por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en la forma determinada por el Decreto Ejecutivo número 554 de 1942, teniendo en cuenta la intervención de peritos juramentados y según lo expuesto en el referido Decreto y el Decreto Reglamentario 526 de 1945. Al respecto, cuándo se solicitaba incluir el Good Will en una declaración ya presentada, el Consejo de Estado manejaba la tesis de que este se incluiría en la declaración posterior, ya que luego se presentaría que se omitieron ingresos en la declaración discutida. En un sentido similar se pronunció la sección Cuarta en la sentencia 12086 de 2001, refiriéndose, que el Good Will

formado no hacía parte del patrimonio líquido del año anterior.

Pero no todas han tenido que ver precisamente con asuntos tributarios, también se encuentran fallos como el del 17 de Junio de 1941, (Gaitán, 1941) donde se controvertía que el Good Will de una empresa no se había valorado adecuadamente, y otros en relación a controversias sobre la marca registrada de una empresa. (Polo, 2000) En estas últimas no se presenta una valoración del Good Will pero se discute la exclusividad de los derechos sobre la marca, lo cual en el mercado empresarial genera ventajas competitivas que se traduce en ventajas intangibles que generan activos tendientes a incrementar el Good Will de la empresa. Para poder establecer si existía o no realmente una controversia, se remitían a fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Comunidad Andina) y la Comisión del Acuerdo de Cartagena y así nuscarse un equilibrio entre las partes, mediante un tratado internacional.

7.4 Valoración del Good will en La Jurisdicción ordinaria

En la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia los fallos que se encuentran sobre el Good Will que tienen su origen de contratos civiles o comerciales entre empresas, o entre particulares dueñas de establecimientos. En una de estas el tema en cuestión sobre el Good Will cuando mediante un contrato de concesión, el concesionario solicitaba el pago de una suma de dinero por concepto de Good Will ya que consideraba que la otra parte se había enriquecido por medio de competencia desleal a expensas del buen nombre de su empresa. (Corte suprema de justicia, 1995) En la mencionada sentencia la Corte decidía frente al recurso de casación, pero fue en sentencia de 1996 en referencia al mismo expediente que resolvió dicho recurso a favor de la parte demandante, condenando al demandado a pagar perjuicios materiales.

La Corte Suprema de Justicia (justicia, 2001) en el año 2001 al resolver la apelación de un

fallo de tutela, refería acerca del dictamen pericial, reiterando lo dicho anteriormente por la corporación, *“si bien es cierto les asiste razón a los peritos en cuanto destacan las dificultades que denota la tasación económica del llamado GOOD WILL, no es menos cierto que ellas no implican que su determinación sea “en gran medida subjetiva”, pues, por el contrario, la valoración del mismo obedece a criterios objetivos nítidamente mensurables(...) En efecto,(...) En términos generales el anglicismo “GOOD WILL” alude al buen nombre, al prestigio, que tiene un establecimiento mercantil, o un comerciante, frente a los demás y al público en general, es decir, al factor específico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona (...) Como es patente, la empresa que goza de tales características y que logra conquistar una clientela numerosa y cuyos productos son reputados, se coloca en un plano descollante en el mercado en cuanto puede vender más y a mejor precio, lo que necesariamente apareja que sus utilidades sean mayores en proporción al capital invertido. No se trata, por consiguiente, de un factor esencial del establecimiento de comercio, sino accidental y estimable en dinero (...) Entre los diversos elementos que se conjugan para determinarlo, cabe destacar, además de la proyección de los beneficios futuros, la existencia de bienes incorpóreos, tales como la propiedad industrial, fórmulas químicas, procesos técnicos; la excelente ubicación en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la mercancía o del servicio, el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero.*

En fin, el artículo 33 del decreto 554 de 1942, enumeró algunos otros factores a

considerar como “constitutivos del good-will comercial o industrial”, al paso que, posteriormente, el decreto 2650 de 1993, aludió a su registro contable bajo el nombre de “Crédito Mercantil”, indicando que allí se registra “el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable... También registra el crédito mercantil formado por el ente económico mediante la estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como la valorización anticipada de la potencialidad del negocio”. (JUSTICIA, 2001) (Sentencia S-141 de 27 de julio de 2001, Exp. 5860). Esta sentencia, fundamentalmente sirve para el propósito de la investigación, así:

A su vez, el artículo 516 *ejusdem* prescribe que, “salvo estipulación en contrario”, hacen parte de los establecimientos de comercio: 1) la enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios; 2) los derechos del empresario sobre las investigaciones o creaciones industriales artísticas, que se utilicen en las actividades del establecimiento; 3) las mercancías en almacén o en proceso de la elaboración, los créditos y los demás valores similares; 4) el mobiliario y las instalaciones; 5) los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario; 6) el derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial; y 7) los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.

Como puede verse, los bienes que constituyen el establecimiento mercantil son de distinta naturaleza, toda vez que reúne elementos materiales, tales como el mobiliario, las instalaciones, las mercancías en el almacén o en proceso de elaboración, etc., e inmateriales como, por ejemplo, los relacionados con la propiedad industrial, agrupados formando una unidad organizada para desarrollar los fines de la empresa.

Dentro de esos elementos intangibles relaciona el señalado precepto “los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario”; desde luego que es palmario que quien, con su esfuerzo cotidiano, prestigia un establecimiento mercantil, creando en torno al mismo una clientela que, preponderantemente, se orienta por el local comercial utilizado por el empresario, genera un intangible que produce notables beneficios económicos a quien de él pretenda aprovecharse; por supuesto que dentro de los factores generadores de utilidades en el tráfico.

Lo anterior fue señalado por la Corte a raíz de que uno de los puntos de análisis de la tutela era el reclamo del pago del Good Will de un particular que enajenó su tienda, a el nuevo dueño de esta, por lo cual, en base a la reiteración de su jurisprudencia, se determinó que caso ese la no existencia del Good Will.

8. Clasificación de los intangibles. Bienes

Brevemente hago referencia a la clasificación de los bienes dentro de la estructura de la investigación para poder dar coherencia a las pretensiones propuestas.

Los bienes pueden tener condición material o inmaterial, los cuales de una u otra manera hacen parte del patrimonio. A partir de este aspecto, se empieza a relacionar el derecho real de dominio sobre bienes muebles o inmuebles. Que no es otra cosa que el derecho de

propiedad, donde va implícito el uso, goce y disposición.

Frente a estos aspectos aparece el nombre como un atributo de la personalidad (Jaramillo L. G., 8) Clasificación de los bienes, de Luis Guillermo Velásquez Jaramillo, “la imagen del sujeto de derecho puede tener un contenido patrimonial y puede ser parte de los activos”, al respecto, como lo mencione con anterioridad, los bienes inmateriales o también denominados intangibles cobran importancia cuando son tenidos en cuenta, desde el punto de vista patrimonial; sin ser una activo visible, se vuelve apreciable cuando afecta patrimonialmente una persona natural o jurídica de derecho.

La diferencia notoria entre el nombre, en la persona natural y el nombre en el persona jurídica, es particularmente, que en la primera es un atributo de la persona, en consecuencia inalienable e imprescriptible, en la segunda denota completa importancia, especialmente en materia comercial, pues es sencillamente susceptible de negociar (vender – comprar), es decir enajenable, prescriptible, y así lo expone el Art. 603 del C.Co. (REPUBLICA, CODIGO DEL COMERCIO, 2016) y el C.C. colombiano “Los derechos sobre el nombre se adquieren por el primer uso sin necesidad de Registro”. Al respecto, es cierto que en materia de derecho privado y derecho comercial, se han establecido estos parámetros legales, pero también es cierto que recaen ciertas obligaciones atribuibles a aquellas personas que se dedican profesionalmente a la actividad comercial, denominados comerciantes, con registro en la cámara de comercio, como actividad principal de sus negocios y quien cumple con las obligaciones surgidas de la misma actividad, como el conocimiento público de la actividad y la apertura de un establecimiento al público, para poder establecer un domicilio y así ubicar la razón social en un sitio determinado en cuanto a los derechos y obligaciones que surgen de sus actos por acción o por omisión. Sin embargo, se hace necesario recomponer, el escrito pues en caso de surgimiento de una litis, las

probanzas son las que dan certeza a la realidad jurídica y procesal. Esto significa que no se trata sólo de quien haya hecho el primer uso, sino que lo demuestre, sustancialmente, como el registro en la Cámara de Comercio, registro de una marca, una patente, con la correspondiente integración de derechos inmateriales o incorporeales.

Según Guzmán, 1995 “cosas que no pueden ser tocadas, tienen fundamento en el derecho, como el usufructo, la herencia, las obligaciones; al respecto estoy de acuerdo con el autor, pues los intangibles, en su condición estricta no son materialmente susceptibles de apreciación, pero cuando se captan y se valoran se convierten en activos reales, quiere decir, que una marca o una patente, o el buen nombre siendo intangibles se pueden convertir en un bien valorable, como un activo visible. (Guzmán,1995).

Entre otras cosas, para resaltar, ¿cómo se puede adquirir un intangible?, si depende de otra circunstancia jurídica, como la posesión de un bien mueble o inmueble por prescripción adquisitiva de dominio, por compraventa, por arriendo, por cesión de derechos, por sucesión, en fin por diferentes medios de adquirir derechos; pero para poder existir el intangible debe existir la cosa, el bien jurídicamente protegido y los bienes y servicios que de él puedan derivarse.

Surgen varias apreciaciones, para poder determinar que es el buen nombre o reputación comercial (good will) de un establecimiento comercial, determinado como “un intangible provisionalmente”, comillas de mi escrito, pues cuando se habla de una organización, se establecen y se integran indicadores financieros (de pasado) y con los no financieros (de futuro). Esta apreciación nos propone una estrategia importante para tener en cuenta, pues se establece la importancia de la contabilidad (*cursiva y subrayada es de mi escrito*) para poder crear un instrumento de medición del intangible a partir de reglas de eficiencia y producción,

apreciables contablemente y posibles cuando también hay contratos a futuro.

Los bienes pueden tener condición material o inmaterial, como ya se dijo, pero cobra más importancia cuando son susceptibles de ser valorados, es decir son intangibles que contablemente comienzan a aparecer y se vuelven números o dinero, atendiendo a las disposiciones contables y control financiero, como activos. Que no es otra cosa que el derecho de propiedad que se tiene sobre las cosas corporales muebles o inmuebles.

La ruta del trabajo va direccionándose pues tenemos que el G. W. o buen nombre comercial se puede determinar según las necesidades del propietario del derecho, es decir, para venta o declaración de activos; pero cuando se trata de establecer el perjuicio como consecuencia de actos de competencia desleal, el operador de la justicia debe tener claro, el acto de competencia desleal y el nexo causal, para establecer dónde se determina el tiempo, modo y lugar, como establecer el valor del perjuicio con una ruta jurídica clara y no solamente económica.

Como se pudo observar en el capítulo anterior, las altas cortes y la SIC, siempre se ha referido a la valoración del perjuicio por medio de peritos idóneos, que técnicamente cada uno tiene sus propios elementos o directrices que siendo legales pueden ser diferentes.

¿Cómo podemos abordar la determinación del perjuicio? ¿Se debe hacer un análisis de la naturaleza del daño y luego cómo se relacionan víctima- hecho dañoso- victimario? Como se observa la investigación, primero trataremos lo referente a la responsabilidad civil extracontractual, pues se trata de actos que no refieren una relación contractual entre las partes, explicándose de la siguiente manera:

9. Responsabilidad civil extracontractual.

Para que pueda prosperar una pretensión de tal naturaleza, se debe acreditar en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana positiva o negativa, un daño o perjuicio, un detrimento menoscabo o deterioro, que afecte bienes de intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su afecto espiritual, una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción y finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo), y excepcionalmente de naturaleza objetiva (riesgo). (Justicia, 2011). Como se puede observar son varias aristas e instituciones jurídicas visibles, como el dolo, bajo el concepto de la intención de causar daño a otro y la teoría del riesgo en actividades que pueden generar consecuencias previstas y no previstas.

Es necesario resaltar en la presente investigación que de acuerdo a la teoría de la responsabilidad civil extracontractual que es la que nos interesa, la carga probatoria recae en el comerciante afectado, por lo tanto ubicar perfectamente el nexo causal ayuda a ubicar el perjuicio y su relación con el daño en el tiempo y el espacio, siendo un punto de partida para poder determinar y cuantificar el daño.

Los elementos estructurales como lo mencionan los hermanos Mazeaud la culpa debe ser reconocida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil, en virtud del principio, según el cual no hay responsabilidad civil sin culpa. (Mazeaud, 1960).

Al hablar de hecho como elemento estructural, se hace referencia a toda circunstancia o comportamiento humano, el cual puede realizarse por el propio (responsable del propio hecho) o por un tercero (padres, guardadores, patronos, profesores entre otros), conforme a lo dicho la responsabilidad puede generarse a título de acción cuando se realiza determinada conducta o a

título de omisión cuando se deja de actuar de alguna manera para impedir un resultado, Artículo 25 Código Penal, Colombiano. La omisión puede presentarse ante una obligación concreta determinada contractualmente o puede ser una omisión simple basada en principios de solidaridad. El fin de la responsabilidad civil es el de reparar, carecería de interés una acción de este género, en ausencia de perjuicio. (TAMAYO, 2005, pág. 53).

Seguidamente encontramos el nexo causal, que se puede definir como la relación de casualidad o vínculo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho. La causa produce su efecto, (Tamayo, 2005 p.p 92). Siendo de esta forma es necesario que el daño pueda atribuirse al hecho o a la culpa del responsable, suficiente para demostrar que el individuo civilmente responsable esté en la obligación de reparar el perjuicio causado, teniendo en cuenta lo anterior, nadie está en la obligación de resistir, disminución, pérdida menoscabo de sus bienes y derechos por culpa de otro, atribuible esta postura en los casos juzgados donde principalmente por acción de un comerciante se causa perjuicio en su actividad comercial a otro.

Finalmente nos referimos a la culpa la cual sostenida en la definición de la doctrina en donde se presenta como figura o error o una falta de conducta, pues lo que se busca es tratar de comparar dos actitudes, la del autor del perjuicio y la que hubiera debido tener, que se encuentra en culpa quien no se comportó como debería de hacerlo. (Corte Constitucional, 1992).

En síntesis, dos concepciones sirven de fundamento a la responsabilidad civil en la época moderna, por un lado la culpa y por el otro lado el riesgo, dando como resultado la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. La primera se encuentra en la conducta del autor del daño, es decir para determinar si se está en presencia de responsabilidad, no basta

que se presente un daño, sino que es necesario que ese daño haya devenido del actuar dudoso o culposo del actor mismo. La segunda es una responsabilidad de resultado, sin presencia de culpa, su fundamento se encuentra en el hecho que produjo resultado dañoso, esto significa que la responsabilidad es fundamental en nuestro análisis pues se pretende demostrar que el hecho dañino tiene un origen y un impacto en el sujeto pasivo del acto dañino, el cual debe ser demostrado.

¿Cómo abordamos la responsabilidad?, debemos referirnos al daño como elemento sustancial de la misma, así:

9.1 El daño

Para poder avanzar al respecto, tenemos que establecer que es el daño, cuando genera, consecuencias, cuando empieza, cuando termina, es decir, existiendo daño posiblemente existe perjuicio; en este caso lo que pretendo es determinar que es el daño y que es el perjuicio y el nexo causal.

Según algunos doctrinantes indican que el daño es un elemento importante para que se configure la responsabilidad, pero no implica culpa, por tanto, quien lo sufre, en responsabilidad subjetiva, debe probarlo, y ¿cuál es la consecuencia?, casi siempre un perjuicio patrimonial, reflejado como un simbolismo que representa el equilibrio de las cosas antes de ser afectadas, como lo indica la sentencia C-333 de 1996 (Constitucional C. , 1996)

Los bienes tutelados aparecen cuando afectan derechos y deberes, sean tangibles o intangibles, personales o colectivos o simplemente por afectación patrimonial.

Esta parte preliminar obedece a la evolución histórica y trascendencia de ciertas acciones o bien omisiones que causan un efecto atribuible a un sujeto de derecho, como persona natural o persona jurídica.

Según lo expuesto el daño es un elemento importante para que se configure la responsabilidad, pero no implica siempre culpa, por tanto, quien lo sufre, en responsabilidad subjetiva, debe probarlo, es decir la carga probatoria recae inicialmente en el sujeto pasivo de la acción o la omisión, y ¿cuál es la consecuencia? casi siempre es un perjuicio patrimonial, reflejado como un simbolismo que representa el equilibrio de las cosas antes de ser afectadas.

Los bienes tutelados aparecen cuando afectan derechos y deberes, sean tangibles o intangibles, personales o colectivos o simplemente por afectación patrimonial.

Esta parte preliminar obedece a la evolución histórica y trascendencia de ciertas acciones o bien omisiones que causan un efecto atribuible a un sujeto de derecho, como es persona natural o una persona jurídica, quiere decir que el daño se puede presentar en cualquier momento y puede generar perjuicios, que se pueden identificar por los activos visibles y no visibles.

Frente a lo anterior, es importante determinar, cuales son los efectos reales del daño a una persona natural o persona jurídica y explicar con claridad el equivalente por pérdida, o dejar de recibir ciertos beneficios cuantificables, por ejemplo en los balances de un establecimiento comercial, quedando claro que efectivamente para el caso sub examine, el daño propiamente dicho proviene de un tercero, el cual debe probarse.

Otro referente importante para el desarrollo de la investigación es el perjuicio al cual se definirá según la Doctrina.

9.2 ¿Qué es el perjuicio?

En términos generales el perjuicio es la consecuencia del daño, que en este caso se ve reflejado patrimonialmente. Puede ser un daño Material o daño emergente, lucro cesante, negocio pendiente o perjuicios morales.

En relación a los escenarios jurídicos tenemos que direccionar y mencionar la competencia desleal, como un factor determinante dentro del control administrativo que debe tener cada comerciante de su empresa y el control que debe establecer el Estado administrativa y judicialmente, pues es parte de la función natural del comerciante actuar con buena fe en el ejercicio de la libre competencia, la libre empresa y la autonomía de la voluntad, pero más allá de estas obligaciones de los comerciantes, se encuentra el deber del estado de regular y controlar los actos de competencia desleal o la participación en el mercado, como una forma de mantener el equilibrio social.

Es necesario determinar, cuáles son los efectos reales del daño a una persona natural o persona jurídica y explicar con claridad el daño producido o la afectación sufrida por un sujeto pasivo, ocurrido por una conducta encasillada dentro de las causales de competencia desleal; se puede empezar a estudiar definiéndolo como tal, así: “Todos los aspectos relacionados con el daño a la reputación comercial se traducen en responsabilidad civil y comercial, pues se pretende, establecer, el momento preciso, en que el daño es calculable, visible, cuando se hace efectivo y cuando deja de afectar un bien jurídicamente protegido, Sentencia 5137 de 2012 de la SIC ” (COMERCIO, SENTENCIA 5137, 2012)

El daño se puede presentar en diferentes modalidades, el Daño evento, la agresión o afectación propiamente dicha y daño consecuencia, daño y perjuicio, y un ejemplo de la diferencia se puede presentar como el daño a la salud, negocio pendiente, que es el daño consecuencia, el Daño emergente.

Por lo anterior, es básico determinar que el daño requiere ser observado desde diferentes perspectivas y así determinar que factores generaron su ocurrencia, sobre todo cuando éste afecta intereses o derechos de índole patrimonial o extra patrimonial de carácter

material o inmaterial. (SENTENCIA 5860 DE 2001).

Art 516 C.Co. hacen parte de los establecimientos de comercio: 1) la enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios; 2) los derechos del empresario sobre las investigaciones o creaciones industriales artísticas, que se utilicen en las actividades del establecimiento; 3) las mercancías en almacén o en proceso de la elaboración, los créditos y los demás valores similares; 4) el mobiliario y las instalaciones; 5) los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario; 6) el derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial; y 7) los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento. (lo resaltado es de mi escrito)

La necesaria tasación de perjuicios tiene límites en la ley; con variables controladas, como la edad promedio de vida en algunos casos, los valores calculados al perjuicio moral, el cálculo contractual, el registro de los libros contables y otros rangos de medición. Es entonces la idea de poder demostrar el perjuicio, como consecuencia del daño y debe identificarse; primeramente existencia del bien jurídico protegido, la afectación real, su nexo causal o anclaje para que pueda ser reconocido como una consecuencia del actuar doloso o irresponsable de quien está inmerso en una causal de competencia desleal. Cada comerciante conoce sus obligaciones o deberes y derechos, por ello observamos que en la mayoría de los casos hay

dolo o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones como profesional del comercio.

En cuanto a los daños inmateriales o extra patrimoniales, hay afectación de la esfera patrimonial de la víctima, los cuales no son susceptibles de valoración, por lo tanto requieren de topes mínimos y máximos que los establece la ley para evitar el abuso del derecho y se basa principalmente en expectativas, como los periodos de vida productiva, o la expectativa de vida, que son ejemplos que la ley los prevé esto en cuanto a la persona natural, pero que en una observación e interpretación analógica se puede referenciar en la persona jurídica respecto de la reputación comercial, con elementos de valoración específicos como el posicionamiento en el mercado, los libros contables, la clientela, los negocios pendientes.

El objetivo es buscar resarcir los perjuicios y la coexistencia pacífica, así lo expresa Juan Carlos Henao (Henao 2007, pág. 12.) “contribuye a la adquisición de un sentido de autenticidad y de valoración de lo propio”, por su supuesto, cada ser humano valora lo propio, pero debe, demostrar, la existencia del bien y sus correlativos beneficios financieros, especialmente. Esto implica la necesidad de hacer del bien tutelado, una unidad material e inmaterial, y solo de manera actualizada en los beneficios recibidos con ocasión del accionar positivo de los bienes donde exista un beneficio demostrable, quiere decir, que los bienes sean materiales o inmateriales, puedan ser cuantificados o valorados para poder iniciar una reclamación jurídica o administrativa. (Henao, 2007)

El profesor Juan Carlos Henao, 2007, lo trata como un daño moral, el daño sufrido por una empresa en el Good Will, o know how, pero dichos daños son de contenido material, pues según la sentencia del 10 de julio de 1997 del Consejo de Estado, expediente 10229, se determinan ambos como intangibles, “generalmente corresponde a un estimado potencial de mercado y su rentabilidad” con lo cual su afectación cae en la órbita de lo material.”, esta

posición conlleva a evaluar el daño como algo medible en un tiempo y espacio, para poderse establecer, atendiendo a varios aspectos que determinen una cuantía real. Es importante recalcar (Henao, El daño, 2007) que el perjuicio en materia comercial requiere de un requisito especial “supone publicidad”, debe ser perceptible o apreciable en el medio, se evidencia entonces la búsqueda de reglas de protección de los derechos existentes y la reparación en caso que se presente el perjuicio. En consecuencia por las dos puede existir sanción. pág. 251

Lo expuesto puede darse, siguiendo estadísticamente una regla medible; en derecho comercial, puede ser por el número de clientes que ingresan una página web, el número de consumidores de un producto en un día, una semana, un mes, las ventas generales en un año o dos, y esto refleja una forma de establecer la rentabilidad de un negocio o establecimiento comercial; otro aspecto, son los servicios personales prestados, la calidad del producto, la ubicación del establecimiento, el espacio para parqueo vehicular, la comodidad, diseño, novedad todos los aspectos que pueden ser medidos por estadísticas y muchos otras formas de medición que pueden incluso ser tenidas en cuenta como medios para valoración de empresa; de acuerdo a esta observación en este tema en concreto, la medición de los elementos que constituyen el perjuicio es fundamental para el propósito de la investigación.

Por lo citado, se puede llegar a establecer el momento de la afectación por actos de competencia desleal, es poder determinar cuándo empezó o se pudo captar la existencia del perjuicio y cuando se suspendió el mismo, teniendo en cuenta, que al menos hubo un instante de su existencia; también en que momento dejó de existir el perjuicio o se suspendió, bien sea por una medida cautelar o por acción propia, o consecuencia de una actuación judicial, por ello cada una se debe revisar de manera independiente; y también se debe revisar cuándo el perjuicio continúa latente o puede decirse que es definitivo.

En este caso podemos definir el intangible, como un daño patrimonial, porque su afectación produce empobrecimiento correlativo que se refleja en dejar de percibir ganancias inmediatas o a futuro o crecimiento empresarial, por lo tanto medible en dinero, que puede ser por pérdida de clientela y otro efecto puede presentarse un enriquecimiento injusto, que bien puede ser medido por beneficios, con perjuicio del otro; o simplemente dejo de recibir lo que se proyectaba recibir.

O por otro lado, el deterioro de la imagen o buen nombre de un establecimiento, se puede establecer, graduando la afectación o perjuicio, teniendo en cuenta otros aspectos que pudieran determinar la disminución de las ganancias, como la pérdida de un negocio, cuyo origen es una actuación de una persona natural o jurídica, y en esta última precisando las previstas obligaciones naturales que deben tener los comerciantes legítimamente registrados en la cámara de comercio o que empezaron a funcionar ostentando la calidad de comerciante de manera evidente, se evidencia mejor con los proveedores de mercancías y servicios o número de clientes..

Para poder dimensionar la responsabilidad y así mismo ubicarla dentro de un contexto legal, deben aparecer cuatro elementos: Hecho, Culpa, Nexo causal y Daño; en el caso de la competencia desleal, lo primero es determinar la existencia de una persona jurídica afectada en su patrimonio y otra que causa tal daño. Para poder discernir sobre el perjuicio, se debe hacer con todas las circunstancias probatorias, pues no es dable que sea solo producto de la imaginación del afectado, sino que debe demostrar el perjuicio y la culpa.

En el rango de importancia del escrito, es necesario identificar las circunstancias de tiempo modo y lugar, que rodean los hechos que son o que dieron origen al perjuicio como lo hemos dicho, y determinarlo, sería un primer paso para conectarlos entre sí, y sería otra forma

de limitar las acciones separadamente y observar en qué momento se aumenta, disminuye, reduce o se suspende el perjuicio para poder hallar una medición razonable y justa, que pueda identificarse, plasmarse y tasarse. Como lo expresa en el escrito El daño, Gilberto Martínez Rave, “el daño en sus manifestaciones y en su intensidad”, para mi estudio es muy importante esta frase, pues se acerca a la realidad de la pretensión administrativa o judicial de carácter patrimonial que se persigue con una acción legal, para que el legislador sea capaz de evaluar, las pretensiones de una demanda y buscar la existencia de una equilibrio al momento de juzgar. (Martinez Rave, 21)

Un daño al Good Will, podemos encasillarlo, inicialmente en un perjuicio moral, por tratarse del buen nombre y como se dijo, el buen nombre puede ser a una persona natural o a una persona jurídica, pero el buen nombre o reputación comercial se vuelve tangible cuando se valora y hace parte de un bien material determinado y determinable, esto se refiere cuando se declara o cuando se vende o se busca asar un perjuicio. Pero esta circunstancia cambia cuando no se ha tasado el intangible, es inmaterial.

Se experimentan varios factores que van de la esencia probatoria, pero se evidencia un sinnúmero de eventos que pueden desarrollar el surgimiento del perjuicio, a la luz de la existencia del dolo o culpa grave o simplemente causales eximentes de responsabilidad.

Cuando el hecho dañoso perturba, o afecta directa o indirectamente produce alteración de los intereses ajenos, se evidencia un acto jurídico que genera consecuencias jurídicas, y se funda en riesgos que se originan en una actividad que ocasiona daño y no únicamente delitos.

Dentro de las apreciaciones hechas, Martínez Rave, cita lo siguiente “el daño es un impacto físico o material al derecho jurídicamente protegido, que es en el tiempo o a futuro”, al respecto vemos que todo acto que haya generado una afectación patrimonial, puede ser pasada,

actual o tener implicaciones futuras, o definitivas, pero implica también, que la norma le de los límites para poder accionar, es decir, cuánto tiempo tengo para poder iniciar las acciones legales correspondientes, una vez se entera del daño y por obvias razones el perjuicio que es en últimas lo que debe demostrar, ¿cómo, cuándo, cuanto fue el estimativo del perjuicio según balances y proyección (negocio pendiente) (Martinez Rave, 160)

Este daño no es social, es individualmente concebido, por ello se puede hablar de diferentes variables, como la época de los hechos, afectaciones individuales concebidas, y otros aspectos relevantes concurrentes y concomitantes, esto significa la necesidad de establecer, que derecho tengo y cómo puedo probar su existencia; y cuando puede ser vulnerado o puesto en riesgo el derecho jurídicamente protegido; si las circunstancias evidencian dolo, riesgo o sólo son de mera conducta, es decir de acción simple, que generen por si, un perjuicio.

Al respecto en el libro la competencia desleal (GACHARNA, 1982), primeramente, define la competencia como un concepto económico, o más bien un sentido económico, desde la órbita de la competencia perfecta y la competencia imperfecta. En la primera la define, desde cuatro aspectos: cuando muchos agentes aparecen en el mercado, sino uno de ellos sea lo suficientemente poderoso para incidir en el mercado, esto se ve reflejado sobre todo en los productos de consumo masivo, de la canasta familiar, como por ejemplo el pollo, el arroz, donde los grandes empresarios, venden los insumos y a su vez compran las cosechas, sólo a quienes previamente le invirtieron en los fungicidas y abonos, para poder dar rendimiento en su cosecha. (Pág. 4, 5 y 10)

Por otra parte y acudiendo al mismo gremio, cuando en grandes bodegas acumulan el grano, o lo esconden para escasear el mercado y obligan al aumento de los precios del producto y a su vez atacan a los comerciantes pequeños del sector a vender su producto a un precio

irrisorio, comparado con los gastos de producción, sobreviviendo solo los que tienen capacidad económica.

Frente a un acto de mala fe, donde se ven inmersos varios aspectos contemplados dentro de los principios generales del derecho, como son el abuso del derecho y el fraude a la ley, y principios de rango constitucional como la buena fe y el principio del enriquecimiento si justa causa, obviamente con la correlativa coexistencia del empobrecimiento de otro.

El segundo aspecto o condición es la homogeneidad del producto, las mismas características en cuanto a su naturaleza, peso, textura, como decir el arroz ecuatoriano de libra y el arroz Colombiano de libra; solo se distinguen si concienzudamente o científicamente se hace la comparación. Factor que solo en algunos casos incide en la decisión del comprador que acude libre al mercado o una oferta.

La tercera condición es la absoluta movilidad de los recursos económicos, un comerciante puede entrar o salir del mercado, por un acto doloso o de mala fe.

Y la cuarta condición es el conocimiento perfecto del mercado, toda vez que, la calidad del producto, cantidad, indicaciones y condiciones, precio, para que el consumidor o negociador pueda realizar negocios.

En Relación a la competencia imperfecta, como lo citamos, “puede haber monopolio puro, el oligopolio y el duopolio ya extremo”. El primero el mercado lo maneja un solo empresario, la segunda pueden encontrarse varios empresarios que pueden prestar el servicio, pero en condiciones más o menos favorables, en estos casos no solo se perjudica a otros comerciantes, sino a los usuatrios- consumidores. Quiere decir lo expresado que los actos de competencia desleal no solo se causan perjuicios directos a otros comerciantes, sino a los consumidores y en este caso la libre competencia se ve marcada por la necesaria intervención

del estado, donde se controlan importaciones, exportaciones y precios del meercado para evitar este tipo de actividades contraria a la ley de competencia desleal.

Para construir el engranaje de esta investigación es preciso referirnos a la institución jurídica comercial de la competencia, en los siguientes términos:

10. La competencia en sentido jurídico

Cuando existe autonomía de la voluntad o autonomía privada y libertad de empresa, se liberan las cargas comerciales de cada uno de los comerciantes, y su participación en la actividad comercial nace de un negocio jurídico donde puede obligarse unilateralmente, como en el caso de la oferta, o simples actos jurídicos, con los respectivos efectos, como los contratos y sus efectos jurídicos resultantes de la acción jurídica de las partes, de estas actuaciones nace derecho y obligaciones y consecuentemente responsabilidades que pueden aparecer por acción o por omisión, directa entre las partes o frente a terceros. Sin embrago es de aclarar que la libre competencia tiene límites, que son de control y competencia del Estado.

Nos encontramos con varios aspectos de orden comercial y por su supuesto civil, los contratos regulados por la norma, denominados como típicos y los que no están regulados que se determinan como atípicos, pero que por criterios de interpretación de los contratos y los efectos, se atienen a la responsabilidad individual de los actos cuando son integrados por una, dos o varias voluntades que se pretenden obligar con sus actos.

Las libertades que cita la autora del libro, la competencia desleal, Gacharna,1982, hacen referencia a la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa, que se ven limitadas por el imperio de la ley o cuando el estado debe intervenir los mercados, con el fin de prevenir posible monopolio o el mismo oligopolio, o control de precios, importaciones o exportaciones etc. (CONSTITUCIONAL S. C.-2., 2011).

La afectación patrimonial hace transformar cualquier relación laboral, contractual o bien la mera voluntad individual, que se ve inmersa en la realidad social, donde se busca el equilibrio social sin alterar el equilibrio económico por uso, por defecto o por exceso, por ello siempre debe aparecer un perjuicio como consecuencia de una acción o por omisión como dije, sobre todo cuando hay intento de manejar el mercado para su beneficio, y por ello se fijan reglas regulatorias de la relación de convivencia. (Pag 9).

En ejemplo de este tipo de acciones se ve reflejada en las acciones de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) mediante Auto No. 19799 de 2014, decretó una medida cautelar judicial solicitada por la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE FÚTBOL y PROCTER & GAMBLE COLOMBIA LTDA contra UNILEVER ANDINA COLOMBIA LTDA., mediante la cual se le ordenó a UNILEVER abstenerse de utilizar en sus estrategias promocionales la camiseta oficial de la Selección Colombiana de Fútbol, así como la imagen colectiva, logos, lemas, distintivos, diseños, nombres y marcas relacionados con la Selección Colombiana de Fútbol.

Ley 256 de 1996. "Artículo 15. Explotación de la reputación ajena. 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. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, 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". Al respecto es una muestra jurídica del avance de la legislación y la interpretación normativa, pero lo que induce a

pensar más profundo sobre el tema, ya que se debe establecer claramente, en qué momento se inicia o se perfecciona el acto de competencia desleal y en qué momento cesa o si solo se suspenden o cesan los efectos con la medida cautelar administrativa, o necesariamente para dar paso al proceso jurídico, donde se busca la indemnización o la reparación. (Colombia C. d., 1996)

Cuando procesalmente se busca que el Juez declare la responsabilidad, el daño es un requisito, donde se debe expresar los hechos que dieron origen, al mismo y la relación de causalidad. Es decir, la acción o la omisión que causó el perjuicio a quien no estaba en la obligación de resistirlo; cuando se busca la responsabilidad, debe existir un hecho dañoso, imputable a una persona natural o jurídica, debe existir un daño al accionante y el nexo causal como consecuencia jurídica de los actos que causaron el perjuicio. Es decir, el daño debe probarse. Sin embargo, los fallos judiciales buscan la responsabilidad y consecuencialmente la reparación, cuando existe daño, pero administrativamente desde la órbita del derecho comercial, se puede hablar de actos que no son ilícitos, o simplemente carecen de antijuridicidad, pero producen un riesgo de daño o perjuicio, y pueden generar una reparación, que con la simple suspensión administrativa se evita llegar a la instancia judicial. (Henao, 2007, 35)

En la tesis, se debe establecer, el daño como tal, quien lo produjo y el nexo entre ambos y la determinación del daño, origen, cuantía, inicio y suspensión.

Puede presentarse el perjuicio sin responsabilidad, porque no se le puede atribuir a un sujeto procesal, o tiene causales exonerativas, es decir es antijurídico.

Henao 2007, artículo 177 del C.P. Civil “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persigue...”, ciertamente los

supuestos de hecho que rodean el acto de competencia desleal es atribuible principalmente a los actos propios en la calidad de comerciante, y adicionalmente las obligaciones que surgen de su naturaleza jurídica, obligaciones que son taxativas de acuerdo a la ley, pero que solo se demuestran cuando el perjuicio es visible y tienen efectos patrimoniales medibles, ya sea daño emergente, lucro cesante, daño moral a la imagen, al Good Will y o puede ser un negocio pendiente. (Pág. 39).

Como se puede observar es muy importante el nexo causal para establecer la responsabilidad y por lo tanto es importante relacionar aspectos relevantes dentro de la investigación, así:

10.1 El nexo causal y la causalidad

La relación causal se define como *“(...) el lazo que se establece entre dos fenómenos cuando uno de ellos debe su existencia al otro”* (Faccio, 1981), como lo referencia el autor antes citado no podría existir el daño sin consecuencia de otro, que puede ser por acción o por omisión; por ello centramos nuestro interés el resarcimiento integral, que incluye el daño emergente y el lucro cesante, y la actualización por la pérdida de valor por el paso del tiempo por fenómenos económicos o alteración del mercado, el cual se puede determinar con el pago de los intereses (art 1617 y 1108 C.C.) “En Colombia, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 446 de 1998, se reconoce el derecho de la víctima a recibir, además de los intereses remuneratorios, la suma correspondiente a la corrección monetaria, es decir, a recibir la suma nominal de los daños y perjuicios más la cuantía que resulta de calcular la pérdida del poder adquisitivo del dinero a consecuencia de los fenómenos inflacionarios” (BAQUERO, 2008).

El propósito de estas referencias bibliográficas citadas es entrar a verificar la existencia

del daño en las actividades comerciales que se hacen cotidianamente y los efectos que pueden llevar ⁸. Entre otras cosas “La adición de la totalidad de las condiciones es la que brinda y da el resultado. Todas las fuerzas intervinientes coadyuvan para que se dé la consecuencia final, por lo que resultan “causa” todas las condiciones, sin poderse llegar a discriminar entre ellas” (caso, 1984), se puede inferir incluso en estos aspectos la relación causal, y todos su efectos; Sin embargo hay intervención administrativa por parte del Estado, con un sistema sancionatorio, que puede llegar a ser ineficaz, pues algunos comerciantes miden la sanción con el equivalente a su beneficio y prefieren pagar la sanción cuando esta es irrisoria y el beneficio es superior. Por lo expuesto es necesario ir directamente a la afectación y probarla para poder exigir la indemnización integral.

Para corroborar lo que hemos mencionado sobre la competencia desleal, nos encontramos con la Sentencia N. 002 de 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Expediente N° 03060799 Proceso abreviado por competencia desleal Demandante: OPTICA ALEMANA E y H SCHMIDT S.A., OPTICA ALEMANA UNICENTRO LIMITADA, y, OPTICA ALEMANA SCHMIDT HIJOS LIMITADA. Demandado: SONIA LAMBOGLIA CALONGE. (COMERCIO, 2017)

El establecimiento de comercio denominado "OPTICA ALEMANA ERNESTO SCHMIDT y HERMANOS Ley 256 de 1996, decisión 486 de la Comunidad Andina se solicitó la suspensión inmediata de la reproducción y utilización del nombre comercial y de la enseña OPTICA ALEMANA.

Al respecto, el Tribunal Superior de Bogotá, siguiendo a Portellano, se refirió que “el

⁸ Muchas teorías han intentado explicar la relación causal y determinar los factores que permiten identificar en una situación concreta la causa que ha dado origen al daño. La denominada teoría de la equivalencia de condiciones o teoría de la condicio sine qua non o de la condición simple, establece que no existe una causa única del daño sino que éste resulta o deviene de la suma de condiciones que rodean su producción.

alcance del concepto 'mercado', debe ser considerado como el espacio jurídico en el cual cada empresario que pretende atraer para sus productos o servicios las adhesiones de los consumidores, realiza, a través de los diferentes instrumentos para lograrlo, las ofertas que conduzcan a la celebración de negocios jurídicos.” Lo que se pretende observar es el posicionamiento que la óptica alemana tenía en el mercado y la utilización del buen nombre para beneficio de la parte demandada, pero esta última no pretendía con esto la participación en el mercado, por lo tanto se denegaron las pretensiones.

Inicialmente la referencia es la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, Magistrado Ponente: Doctor Germán Valenzuela Valbuena, diciembre 16 de 2004.

Se debe demostrar la efectiva participación en el mercado, la ubicación del producto o del bien y en qué grado esta empoderada.

Leída la sentencia encontré varios aspectos jurídicos relevantes, pero el que más me llama la atención es la legitimación por activa y por pasiva, cuando se inicia una acción judicial por competencia desleal, por obvias razones debo establecer una relación jurídica o nexo entre el daño y las acciones que lo iniciaron y lo produjeron, o cuando inició y cuando se suspendió y porque; esto para poder establecer la graduación de la culpa y la relación entre la acción o la omisión, y lo que se produjo como consecuencia ese acto de competencia desleal. Con esto se puede establecer el origen del daño y las consecuencias, las cuales pueden ser morales (como el daño al buen nombre), materiales (lucro cesante, daño emergente) (negocio pendiente, negocio dañado), esto quiere decir que el accionante debe demostrar la verdadera afectación, y debe demostrar el interés jurídico en las acciones impetradas, no solo alegarlas (Bernal, 2013). Que finalmente cuando se tasan se convierte en un perjuicio material.

Entre otros aspectos importantes por resaltar es la posición de la Corte sobre las pretensiones de las demandas de esta naturaleza, para pedir la indemnización por perjuicios, “... mientras que la responsabilidad extracontractual opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva la prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce, es definida con frecuencia con normas de notoria abstracción, lo que en último análisis lleva a concluir que no es indiferente en modo alguno el régimen en que de hecho se sitúe una demanda entablada para obtener el pago de perjuicios”. (Corte, Constitucional, 2010).

Frente al problema planteado es necesario dedicarle un espacio real a la responsabilidad civil extracontractual, a partir del daño antijurídico y partimos de lo dicho en la Pag 13, (PULIDO, 2013) “¿qué es la responsabilidad civil extracontractual? Que objetivos generales justifican que el Estado mantenga un sistema de derecho de responsabilidad civil extracontractual?, ¿que justifica que quien haya sufrido un daño pueda reclamar una indemnización? y ¿qué límites debería imponerse al monto de la compensación que se debe pagar?”, estas preguntas me dirigen a ubicar el origen del daño!!, a establecer quién lo produce y por lo tanto a establecer desde cuando se hizo visible a la luz del afectado y determinarse si hay perjuicios o existe un riesgo de ocasionarse, tendría en este caso dos variables el perjuicio producido y el daño sin efectos medibles o cuantificables.

También hay dos momentos en este caso, de la competencia desleal para los comerciantes, el primero es el deber de cumplir con las reglas en la posición o calidad de comerciante, que se las impone la ley, entre ellas, evitar los actos de competencia desleal, y la otra parte, es la de reparar los daños ocasionados, cuando estos surjan y generen un perjuicio en cualquiera de sus categorías, daño emergente, lucro cesante, daños morales y los perjuicios

inmateriales como el daño al buen nombre.

Carlos Bernal Pulido, cita la Justicia correctiva, al referirse a los daños que se ocasionan, y que estos deben ser reparados por el responsable, lo cual tiene “raigambre aristotélica, “dictamina que todo agente que cause daño antijurídico debe anular sus efectos””, frente a este aspecto, para poder reclamar la existencia de perjuicios debe existir como tal el daño y está en cabeza de quien sufre la afectación demostrar su existencia y la conexidad de sus actos; y de esta manera poder establecer el daño antijurídico, con elementos probatorios concretos que den fundamento a las peticiones del accionante y en consecuencia, bases al juzgador para poder tomar una decisión, esto aplica en las decisiones que debe tomar la Superintendencia de Industria y Comercio, por las funciones delegatarias en relación a los actos de competencia desleal y los juzgados y tribunales civiles, con competencia sobre el mismo tema que nos ocupa. (Bernal, 2013,13)

Otro principio que cita Bernal Pulido, es la Justicia retributiva, que no es otra cosa que el reconocimiento punitivo del daño antijurídico con efectos en la sociedad en general, que puede dirigirse a ser estudiada no sólo individualmente por el efecto, sino por los efectos sociales y su impacto como sucede con el daño ambiental, o el daño a la salud, que ya tendrían un interés diferente y el sujeto pasivo puede ser cualquiera o el mismo estado, buscando el equilibrio o la compensación, puede hablarse del control institucional sobre el Monopolio y el oligopolio.

Adriano de Cupis, El daño, Teoría general de la responsabilidad Civil, “es necesario separar o distinguir el daño como un hecho jurídico, del daño como simple fenómeno del orden físico”, se entiende debe existir partes realmente afectadas, donde se entienda la existencia de la afectación de otro, que es visible cuando proviene de un acto humano que atenta contra los

derechos de otro, como se dijo en actos de comercio.

El daño antijurídico, puede rayar con actos ilícitos o actos lícitos pero con violación de principios generales del derecho como el abuso del derecho, la mala fe, o el fraude a la ley, que se convierten en actos antijurídicos, y de estos se desprende uno muy importante que es una regla moral y física, la lealtad comercial, actuar con las obligaciones y principios que cualquier comerciante ejerce en la actividad comercial.

Frente a lo citado por Bernal Pulido, el autor hace alusión a la deficiencias de la responsabilidad moral: Falta de certeza de que los daños deben ser reparados y acerca quien deben repararlos; la falta de integridad moral de los individuos que rehúsan asumir responsabilidad por los daños que han causado; la imposibilidad para prever el daño; la falta de recursos para reparar los daños resarcibles y la falta de la debida diligencia para evitar el daño”, de lo anterior, se debe referenciar, la existencia de la mala fe en los actos de competencia desleal, en la función natural del comerciante y el otro extremo los actos de competencia desleal por error, por imprudencia o por desconocimiento, que si bien es cierto hay un perjuicio, no hay mala fe, por ende su valoración es necesariamente diferente. Debe existir claridad acerca de la identificación del daño, el momento en que empezó y el momento en que ceso o las acciones que deban iniciarse para suspender los efectos, y posteriormente pensar en tasar los perjuicios si estos se causaron (Bernal Pulido, 2013, 16).

En este caso, se deben revisar los estatutos y libros contables de un establecimiento comercial, para poder determinar, cuales son los pasivos y los activos y cuál es la rentabilidad, y posicionamiento en el mercado al momento del perjuicio, para que jurídicamente no se abuse de las acciones legales.

Bernal Pulido, hace referencia, al debate teórico conceptual sobre los daños en

Colombia que refiere: “relaciones entre la causalidad y la imputación y el de la proyección de esas relaciones para definir la responsabilidad del Estado por actos violentos derivados de terceros”; son dos debates verdaderamente jurídicos, que conllevan a una tesis simple, el perjuicio debe probarse, y la relación de causalidad debe tener conexión, es decir una conducta realizada por un comerciante que genera una reacción jurídica, por uno o varios actos y que en consecuencia producen perjuicios de cualquier índole, los cuales deben ser visibles o existir por la relación de causalidad; ahora bien, esto determina la intención, y por lo tanto la imputación, lo cual puede medirse en la dosificación de la sanción, que puede ser suspender el acto de competencia desleal o la indemnización integral.(Bernal, 2013,17)

Existe el deber de reparar el daño, directamente por quien se prueba que lo produce y la necesaria intervención del Estado, cuando tiene la obligación de prevenir, o suspender las acciones que generen perjuicio o riesgo visible para el caso particularmente hablando de competencia desleal. Esto sucede a través de la Superintendencia de Industria y comercio o bien por vía jurisdiccional directamente en la rama judicial o por simple intervención de los mercados y protección del consumidor por parte del gobierno central.

Entre otras cosas para resaltar es la responsabilidad civil de los administradores por falta de lealtad como represión al conflicto de intereses, Cely, se refiere a la responsabilidad profesional de gerentes y directivas, con aspectos importantes en la llamada “Gobernanza corporativa”, la que se debe basar en un deber de lealtad, cuya violación debe dar lugar a diversos tipos de responsabilidad. Al respecto, se observa y se pueden analizar los conceptos anteriores y se puede afirmar que una conducta irresponsable, negligente o dolosa de los directivos, o gerente de una empresa representan la colectividad empresarial, pero también que cada individuo tiene responsabilidad con los actos individuales pero que repercuten en la

persona jurídica y es donde entran a observarse los estatutos, las funciones y la naturaleza jurídica de la persona jurídica comercial o no; cómo se han podido vislumbrar todos los actos que comprometen jurídicamente una persona natural o jurídica, que pueden ser sujetos de derecho por los alcances, ya sean por acción o por omisión. (Bernal, 2013, 20).

En relación a lo citado anteriormente, nos encontramos con dos obligaciones que nacen de la teoría de la responsabilidad frente al daño, “la obligación de no ocasionar daño y la obligación de indemnizar por daños ocasionados”, ¿pero cómo separar el deber moral del deber legal? Uno de los aspectos relevantes es poder determinar la intención en los actos que causan un resultado o un efecto jurídico, medible que es corregible por medio de los mecanismos alternativos de la solución de conflictos, como la solución meramente legal, que surge a partir de las acciones preventivas y las sanciones que son represivas, por medio de providencias administrativas o jurisdiccionales. En este trasegar jurídico sobre la responsabilidad civil extracontractual, la teoría procesal de Benjamín C. Zipursky y JHON Goldberg“ es entendida como un recurso civil que le garantiza una facultad al demandante para acudir ante el estado en la búsqueda de compensación”, considerando la problemática planteada, en esta tesis, no necesariamente puede resultar una compensación, sino una suspensión del daño, o prevención del daño y por consiguiente el perjuicio podría ser cualificable pero no cuantificable en algunos casos. Resulta importante poder determinar estos casos, y las acciones jurídicas serían más eficientes y efectivas. Y en los casos de falta de efectividad administrativa ahora sí, acudir a los despachos judiciales para buscar la protección del derecho. Pág. 97.

Otra Teoría es la de Anthony Honoré y Stephen R. Perry, que se refiere a “la teoría de los resultados” que considero es un poco arriesgado, pues trata de las consecuencias favorables

o desfavorables, como resultado de una agencia, es decir de un encargo que puede ser a un administrador, gerente o dueño.

De las teorías citadas, se puede establecer. Que cada persona natural o jurídica es responsable por sus actos por acción o por omisión, por lo tanto para el caso que nos ocupa, el comerciante por su naturaleza especial, el código del comercio le da calidades, derechos y obligaciones especiales, que son propias de su naturaleza y funcionamiento; se infiere entonces, que los actos de comercio, no solo tienen un contenido de responsabilidad frente a los particulares, sino frente al Estado.

La Sentencia C-333 de 1996 (Relatoría, 1996), El daño antijurídico, entendido como el perjuicio causado a una persona que no tiene la obligación de soportarlo, por lo cual la responsabilidad “no depende de la legitimidad de la conducta que despliegue el agente del Estado sino de la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado.” En términos del derecho privado se habla de la imputación a un sujeto activo que despliega acciones u omisiones que afectan otro, que no está obligado a soportarlo, por regla general, pero se evidencia otro aspecto, pueden presentarse conductas que generen riesgo y estas se pueden interrumpir por vía administrativa, sin que pueda hablarse de un perjuicio realmente representativo. Sin embargo, frente a este concepto, respecto de la investigación adelantada se debe determinar si hubo verdaderos efectos lesivos del patrimonio, económico o moral de la persona jurídica, para poder determinar, cuantificar o tasar el estimativo, que puede estar representado lucro cesante, negocio pendiente o el daño al buen nombre, como circunstancia intangible. Pero frente a este dilema como podemos establecer este alcance, para efectos de poder obtener el resarcimiento de los derechos, se deben demostrar los rendimientos financieros, desde el reconocimiento del daño, es decir desde que se hizo visible y

comprobable, desde el punto de vista de los supuestos de hecho, con vinculación del nexo causal hasta que se suspenda o se restablezca el derecho.

Se puede inferir que puede haber daño antijurídico sin que exista culpa, de ahí la importancia de establecer el nexo y determinar la verdadera intención del sujeto procesal cuando actúa con dolo o mala fe, o simplemente actos contentivos de acciones propias de los comerciantes que no buscan beneficios, ni lucro, sino actos de comercio generales, propios de su naturaleza y por tanto no buscan afectar a terceros. Frente a lo anteriormente relacionado puede haber competencia desleal mirada desde dos eventos: uno cuando hay la intención perversa de actos de competencia desleal, que incluyen el dolo y lo que hace predecible las acciones jurídicas, pues hay daño antijurídico y el otro evento es el perjuicio, o riesgo, sin intención de incluir el daño antijurídico. (Corte constitucional, 1996).

Para este trabajo se realizó un análisis concreto de la ley 256 de 1996, pues se trata de establecer los presupuestos de la ley sobre la competencia desleal: En el artículo primero, dice ” garantiza la libre y leal competencia económica”, esta frase compuesta, nos permite identificar que la ley acoge la autonomía de empresa y la libertad de empresa, sin embargo, toda norma presenta implícitamente derechos y deberes y ciertamente obligaciones, y en el marco de esta investigación surgen obligaciones a cargo de la persona que ejerce la actividad de comercio, que es importante poder definir, pues una persona, puede dedicarse a realizar actos de comercio sin estar inscrito en la cámara de comercio, en tales circunstancias también puede llegar a ejercer actos de competencia desleal. En tal razón se sustenta mi apreciación en el artículo primero cuando dice “todos los que participen en el mercado y lo establecido en el artículo 10 bis del convenio de París, aprobado mediante la ley 178 de 1994”, se entiende que los asuntos de competencia desleal no solo son atribuibles solo a los comerciantes

inscritos en la cámara de comercio, sino los que ejercen la actividad de comercio en todo su contexto, comercialización, intermediación, compraventa de bienes y servicios etc.

Otra frase de la ley en cita es la contenida en el artículo segundo “actos que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales”, no es otra cosa que hacer actos de comercio, determinados como actos desleales que afectan a otra persona que participa activamente del mercado.

La ley habla de los límites del bien común, pero especialmente se refiere al principio de la buena fe comercial, que en mi concepto abarca todo lo relacionado con la competencia desleal, pues cada persona que ejerza por cualquier medio actividades de comercio debe observar las normas y la costumbre mercantil para con la prudencia que un hombre sigiloso y cuidadoso haría de sus negocios. (República, Ley 178 de 1994)

Ahora bien, toda conducta que desvíe la clientela, que utilice símbolos, la marca, la patente o simplemente afecte el buen nombre de un establecimiento de comercio por conductas que tienen efectos civiles directos, cuando se hacen imputaciones deshonorosas que repercuten en el factor financiero, evidenciándose el perjuicio que solo se puede medir por factores demostrables en la valoración de activos y pasivos de empresa. Es importante mirar el posicionamiento, la eficiencia y los rendimientos, así se puede ver tangiblemente lo que produce un establecimiento comercial o empresa, aunado al costo de los bienes materiales, bienes muebles e inmuebles, debo valorar el perjuicio, actividad concurrencial en el mercado, demostrando la mala fe, y se debe primero determinar el flujo de efectivo de la empresa al valor presente, a una tasa de oportunidad (20%), dependiendo del movimiento de la actividad comercial dentro del mercado y su trascendencia a futuro, se calcula el daño a futuro; la medida cautelar, suspende al daño, pero se debe calcular, aunque es subjetivo y también

el posicionamiento dentro del mercado, sumando estos elementos puedo hablar específicamente del buen nombre comercial y se establece la medición de los posibles perjuicios.

Teniendo en cuenta lo anterior, El daño es uno de los elementos de la responsabilidad, y la consecuencia del daño es el perjuicio, pero una circunstancia especial es encontrar el nexo, entre la acción lesiva y el resultado que causa el perjuicio, esto podría identificarlo como el aspecto jurídico demostrable, que se convierte en el elemento probatorio. De lo anterior, se pueden identificar elementos jurídicos necesarios para encontrar la ruta en la tasación de los perjuicios, cuando se causan por actos de competencia desleal, para probar y poder reclamar una indemnización integral, reparación o suspensión de los efectos o riesgo de sufrirlo, derivado de un acto de competencia desleal, que no está obligado a soportar. Los elementos indicativos como ya se dijo son: Determinar fecha del perjuicio y nexo causal, Demostrar la mala fe, que existan actos concurrenciales, determinar el flujo de efectivo al valor presente y la trascendencia a futuro y posicionamiento en el mercado.

11. El buen nombre Comercial o Reputación Corporativa en el marco de la Ley 256 de 1996

La reputación es hoy, uno de los activos más valorados y de identidad en las empresas. El tema de la reputación corporativa en Colombia es un concepto que las empresas de vieja data han trabajado con antíldeos (otros nombres que significan lo mismo) de buen servicio, calidad y experiencia frente a los negocios. Sin embargo, hoy es visto como uno de los activos intangibles más importantes de las compañías, que se hace visible gracias a la inmediatez de los sistemas electrónicos y al poder de las redes sociales, que premian o acusan a los productos y sus empresas desde las experiencias. Ahora bien, cuando hablamos de reputación corporativa en las

empresas no solo nos referimos al término, en el sentido del buen nombre, hablamos de ética empresarial, relaciones laborales, la correcta gestión, la diversidad, aspectos medioambientales, imagen, de marca, tanto la que se transmite como la que perciben los diferentes grupos de interés o stakeholders (anglicismo que significa: depositarios, accionistas, grupos de personas interesados).

Es tan claro como que la reputación es el producto del entendimiento y la buena relación entre la compatible marca y sus relacionados tanto internos como externos. Asignado; también, es esa capacidad compatible para captar audiencias a partir del cumplimiento de las expectativas, sociales y de responsabilidad con la comunidad. La reputación se convierte en un pronunciamiento público de la banca española de diferentes modalidades de crédito, del que no se obtiene dinero, pero propone; una carta ganadora, cuando fallan las empresas y su nombre se ve afectado, ya que una reputación cultivada, sirve en momentos de crisis; esa es una ganancia para las empresas. (DESARROLLO, 2011) Esto se explica de manera sencilla, pero es compleja la posición pues estamos frente a procesos empresariales, incluso de quiebra de las empresas que por descuido o errores en los procesos administrativos y hasta judiciales caen económicamente de manera vertiginosa, pero que gracias al reconocimiento y trayectoria que han mantenido desde su creación, hasta la fecha de la disminución de los ingresos; se puede entonces hablar de la importancia de la reputación y el precio que pueden adquirir este intangible.

El tema de la reputación corporativa en Colombia es un concepto que las empresas de vieja data han trabajado con años y años de buen servicio, calidad y experiencia frente a los negocios.

Sin embargo, hoy es visto como uno de los activos intangibles más importantes de las compañías, que se hace visible gracias a la inmediatez de los medios de comunicación y al poder de las redes sociales, que premian o acusan a los productos y sus empresas desde las experiencias.

Ahora bien, cuando hablamos de reputación corporativa como ya se dijo, se refiere tanto la que se transmite como la que perciben los diferentes grupos de interés o stakeholders.

Es tan claro como que la reputación es el producto del entendimiento y la buena relación entre la compañía-marca y sus relacionados tanto internos como externos. Así también, es esa capacidad de la compañía para captar audiencias a partir del cumplimiento de las expectativas, sociales y de responsabilidad con la comunidad.

La reputación se convierte en un 'banco de crédito', del que no se obtiene dinero, pero sí una carta ganadora, cuando fallan las empresas y su nombre se ve afectado, ya que una reputación cultivada, sirve en momentos de crisis; esa es una ganancia para las empresas.(Reputación corporativa) (Ulloa Tapia, 2015)

De este artículo puedo concluir que una empresa con un buen nombre tiene una gran posibilidad de recuperarse en un caso de crisis económica, gracias al posicionamiento, y el margen de rentabilidad y reconocimiento que tienen los usuarios, que son los que finalmente disponen de la imagen o buen nombre. Por eso cuando se ve afectado por agentes externos pero que estos deben cumplir obligaciones concurrenciales, constitucionales, de derecho internacional público y privado debemos buscar los medios jurídicos para poder cobrar esos perjuicios, pero determinando cuando y en donde empiezan a ser perjuicios como poder medirlos.

Teniendo en cuenta las apreciaciones sobre los intangibles pasamos a revisar lo

siguiente: Good will. Las altas Cortes, DIAN y la Superintendencia de Industria y Comercio. (Colombia C. d., 1996), para su reconocimiento y valoración se han manifestado de tal forma que se han basado en argumentos técnicos de expertos, denominado auxiliares de la justicia o peritos.

11.1 El GOOD WILL, definición, en la constitución, en la ley, en la jurisprudencia, en la doctrina.

Según la definición de la real academia, El Good Will es un anglicismo que significa o hace referencia al buen nombre de una empresa, producto, servicio, persona, etc.

Cuando se hace referencia al good will o crédito mercantil, es más directo en la apreciación temática este último pues hace hincapié en las relaciones comerciales y la reputación que puede adquirir un establecimiento comercial y su posible apreciación económica de conformidad con el artículo 33 y siguientes de la misma norma, (Decreto 554 de 1942). En el mismo sentido la Sentencia N° 41 de Consejo de Estado - Sección Cuarta, de 28 de Octubre de 1959, hizo referencia al buen nombre o prestigio que tiene una empresa o establecimiento frente a terceros, es un activo de gran valor, puesto que ese buen nombre le permite obtener clientes, proveedores, créditos, etc. (CONCEPTO, 2012)

Otra definición “Son activos intangibles los recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distintos de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables, tales como patentes, marcas, derechos de autor, crédito mercantil, franquicias, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil.” Decreto 2649 de 1993, Artículo 66, Consejo Técnico de la Contaduría

Pública de Bogotá, Colombia, 2004.

El artículo 33 del decreto 554 de 1942, enumeró algunos otros factores a considerar como constitutivos del good-will comercial o industrial y posteriormente *el Decreto 2650 de 1993, aludió a su registro contable bajo el nombre de 'Crédito Mercantil'*, (la letra cursiva es de mi escrito).

Para poder comprender el alcance jurídico de mi investigación debo explicar algunos contenidos de carácter práctico y económico, que me ayuda a organizar las ideas y conceptos utilizados constantemente en las empresas, personas jurídicas, en la Dian o en la misma Cámara de Comercio, y entre ellos: A qué se refiere el ¿Plan Único de cuentas?, y pues de manera breve puede entender que es una estructura de registros de las afectaciones contables, de desembolsos, gastos e impuestos de una empresa, dependiendo de la actividad comercial o el objeto social que desarrolla.

Otro interrogante manejado constantemente la investigación es acerca de la amortización del intangible (Guillen, 1986, pág. 26), que es la comprobación contable de la depreciación sufrida por un elemento en un determinado tiempo y por obvias razones en función de la investigación, es decir, respecto del Buen nombre o reputación corporativa, donde se pudo establecer que es una forma de medición del crecimiento real de una empresa, o precio actuarial financiero, o el crecimiento del servicio a través del tiempo, según la proyección de la empresa. Frente a esto se revisan los estados financieros y manejo del mercado a través de los clientes que conservan los niveles de crecimiento.

Aspectos como la fidelización de clientes y crecer con ellos en el tiempo da regularidad, continuidad y sostenibilidad, por tanto, se puede “proyectar”.

11.2 Good Will: Carácter económico.

¿A qué se refiere el Good Will y cómo podemos abordar el carácter económico de un intangible? El buen nombre, hace a una empresa hallarse en posición ventajosa frente a la competencia, esto facilita su sostenimiento en el mercado, por ser marca notoria, lo que produce mayor rentabilidad y por consecuencia que sus productos se cataloguen con precios superiores a otros, puesto que para los usuarios da más confianza el hecho de conocer la calidad de un producto.

Explica la noción de marca notoria como la que es que es conocida por la mayor parte de los consumidores que usualmente adquieren o contratan la clase de productos o servicios en relación con los cuales la marca es usada y eventualmente figura registrada. Nótese, que el conocimiento que los consumidores tienen de una marca notoria es superior al que tienen de una marca común, pues la marca notoria ha tenido una intensa difusión de uso dentro del mercado, los consumidores la recuerdan por su amplia difusión, publicidad y antigüedad, entre otros criterios a adoptar. Así, la Superintendencia de Industria y Comercio reconoce la notoriedad de una marca en concreto cuando se logra establecer en la correspondiente actuación administrativa que es conocida por un grupo considerable de personas, usuarios o consumidores a quienes se dirige el producto o servicio, así mismo, se considera que una marca puede llegar a ser notoria cuando cuenta con condiciones de calidad, publicidad, reputación y Good Will en el sector pertinente. (comercio, 2008).

El Good Will, es un intangible, que puede ser estimado en dinero en la medida en que se pueden medir los beneficios futuros del prestigio y buen nombre de una empresa.

Hay que tener en cuenta que en cuanto a la contabilización del Good Will en los Estados Financieros “los desembolsos correspondientes a la fase de investigación para

desarrollar un activo intangible, deben reconocerse contablemente como un gasto”.
(sociedades, 2006)

Es decir, si un intangible no puede identificarse, controlarse, o no genera beneficios económicos futuros, las erogaciones necesarias para su adquisición se reconocen como un gasto; es por ende que los desembolsos correspondientes a la fase de investigación para desarrollar un activo intangible se reconocerán contablemente como gastos y acreditando la subcuenta respectiva de la cuenta que corresponda al tipo pasivo en que se incurre para realizar dichas investigaciones. Cuando se encuentra en la fase de desarrollo los desembolsos serán tratados como costo del activo intangible, siempre que cumplan con las condiciones para su reconocimiento y cuando se determine que el activo intangible formado satisfaga los requerimientos para su reconocimiento, este será incorporado al balance general y se debilitará la subcuenta respectiva de intangibles, además se acreditará la cuenta superávit por formación de intangibles. El significado visible del perjuicio puede revisarse en razón de los balances contables de cualquier establecimiento comercial, cuando estos se reducen o afectan su crecimiento o simplemente evitan su normal desarrollo, por las diferentes modalidades de la competencia desleal, como son, la desviación de clientela, engaño, suplantación de marca, utilización indebida de patentes entre otras.

11.3 Amortización del valor del Good Will

Como ha sido mencionado existe dos tipos de Buen Nombre, el Good Will Formado que es el que ha creado tenido la empresa por su trabajo y reconocimiento a lo largo de los años, por consiguiente, más difícil de calcular el valor, y el Good Will Adquirido que no es más que el que compra una empresa a otra persona, quien trabajó por obtenerlo, determinar su valor es más sencillo por cuanto consiste en el monto pagado por el comprador.

El Ministerio de Desarrollo Económico el decreto número 2650 de 1993 (también llamado Plan Único de Cuentas para Comerciantes) le dio el nombre de crédito mercantil, en ese entendido ese crédito mercantil puede ser formado o comprado. El primero por no haber sido comprado no afecta la cuenta de caja de la empresa, ni la de los bancos su contrapartida no es la de un activo o la de un pasivo. Como se puede dilucidar en el crédito mercantil formado no existe salida de recursos de forma directa, ese crédito mercantil hace parte del patrimonio de la misma, por tanto, allí se debe contabilizar (como patrimonio en la cuenta). En cuanto al segundo (comprado o adquirido) afecta la cuenta débito y crédito de la empresa se contabiliza como una compra de activos, caso en el cual es objeto de Amortización.

Para determinar el valor del Good Will la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil se ha referido respecto del buen nombre comercial o Good Will y a los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el buen nombre en los siguientes términos (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 2001):

“(…) Entre los diversos elementos que se conjugan para determinarlo, cabe destacar, además de la proyección de los beneficios futuros, la existencia de bienes incorpóreos, tales como la propiedad industrial, fórmulas químicas, procesos técnicos; la excelente ubicación en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la mercancía o del servicio, el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logra crear en el sector financiero. En fin, el artículo 33 del decreto 554 de 1942, enumeró algunos otros factores a considerar como ‘constitutivos del Good-will comercial o industrial’, al paso que, posteriormente, el decreto 2650 de 1993, aludió a su registro contable bajo el nombre de ‘Crédito Mercantil’, indicando que allí se registra ‘el valor adicional pagado en la compra de

un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable... También registra el crédito mercantil formado por el ente económico mediante la estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como la valorización anticipada de la potencialidad del negocio (...).”

Así las cosas, quien pretenda incluirlo en su contabilidad debe probar, además de otras figuras, el prestigio que tiene frente a los demás y al público en general, en especial el que ha ganado en sus relaciones comerciales, la confianza creada por parte, tanto de sus empleados como de las personas relacionadas con la empresa y los demás elementos que hacen parte de lo evocado anteriormente. En cuanto a los pronunciamientos de la DIAN esta entidad expresa (Concepto, 2008) que el valor del Good Will no es susceptible de amortización, por cuanto se refiere al Good Will formado por el contribuyente entendido como la estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como de la valorización anticipada de la potencialidad del negocio, sólo es posible reconocerla fiscalmente en el patrimonio dentro de los parámetros del artículo 75 del Estatuto Tributario, el cual consagra que para el reconocimiento del costo presunto de los bienes intangibles formados por el contribuyente, el activo debe figurar en la declaración de renta y complementarios correspondiente al año inmediatamente anterior al gravable y estar debidamente soportado mediante avalúo técnico.

En efecto, el valor del GOOD WILL formado no es susceptible de amortización en la medida en que no corresponde a erogaciones efectivamente realizadas por el contribuyente sino a valores estimados que dan lugar a un reconocimiento presunto en el evento de su enajenación. Al respecto de esta apreciación de la DIAN, es necesario resaltar que

limitan al comerciante a una condición que debe ser anterior a la vigencia fiscal en la que puedan ocurrir los hechos materia de investigación para establecer los perjuicios, circunstancia que limitaría el derecho de acción del comerciante que sienta que se está afectando su derecho y a ser valorado en cualquier momento siempre y cuando lo demuestre, sin embargo puede ser un elemento probatorio para poder determinar el buen nombre de un establecimiento y sus rendimientos.

Ahora bien en lo que respecta a la renta en el Good Will, DIAN, 2011, el costo de los bienes incorporeales formados por el contribuyente concernientes a la propiedad industrial ya la literaria, artística y científica, vitales como patentes de invención, marcas, Good Will, derechos de autor u otros intangibles, se presume constituido por el cincuenta por ciento (50%) del valor de la enajenación”, apreciación que carece de ecuanimidad, pues se puede apreciar que el daño aparece con el mero acto desleal y puede evidenciarse cuando las acciones se tornan repetitivas o infieren directamente en la economía del establecimiento comercial, haciéndolo visible, cuando afectan el interés económico.

En cuanto al Good Will formado por el contribuyente entendido como la estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como de la valorización anticipada de la potencialidad del negocio, solo es posible reconocerla fiscalmente en el patrimonio dentro de los parámetros del artículo 75 del Estatuto Tributario, el cual consagra que para el reconocimiento del costo presunto de los bienes intangibles formados por el contribuyente, el activo debe figurar en la declaración de renta y complementarios correspondiente al año inmediatamente anterior al gravable y estar debidamente soportado mediante avalúo técnico. (Contadores, Plan único de cuentas Decreto 2650, 1995)

Por lo citado, se tiene que el valor del Good Will formado no es susceptible de

amortización en la medida en que no corresponde a erogaciones efectivamente realizadas por el contribuyente sino a valores estimados que dan lugar a un reconocimiento presunto en el evento de su enajenación.

Todos los derechos que derivan de esa condición incluido el derecho a solicitar impuestos descontables, están sujetos al cumplimiento de todas las obligaciones formales y sustanciales del impuesto de conformidad con las normas generales por no existir ninguna reglamentación especial concerniente a la facturación, declaración y pago del impuesto en este evento (...)” (DIAN, Intangibles, 2001)⁹

“En cuanto a su consulta relativas a las obligaciones de hacer o no hacer que surgen de la explotación del Good Will y si las mismas se encuentran sujetas al impuesto sobre las ventas se le informa que no compete a esta dependencia hacer pronunciamiento sobre el tema, por cuanto, conforme se indicó al inicio de la presente respuesta, ésta se circunscribe a la interpretación y aplicación de las normas tributarias de los impuestos a cargo de la entidad. “Lo subrayado es de mi escrito, este aspecto prácticamente la DIAN le deja al empresario para que el declare los valores tangibles y los intangibles, a partir de los rendimientos financieros y el precio de venta o liquidación de una empresa, generándose una condición especial que solo es atribuible al declarante bajo el imperio de su voluntad, siendo demostrable en algunos casos con los libros contables y lo que demuestra el reconocimiento o la imagen del establecimiento o el producto.”

Por el contrario, como el Good will ha sido entendido por los distintos tratadistas, y la Superintendencia de Sociedades considera (Concepto, 2006) en cuanto al “valor actual o capitalizado de las ganancias futuras estimadas de una empresa establecida, con exceso de los

⁹ Lo anteriormente señalado con base en los artículos 420, 429 y siguientes del Estatuto Tributario.

resultados normales que pudieran razonablemente presumirse realizados por una empresa”. No resulta posible su aportación, si se tiene en cuenta que el socio industrial compromete su trabajo, los conocimientos técnicos, la experiencia y habilidades personales al servicio y en favor de la sociedad en la que participa.

Por su parte la Superintendencia de Sociedades en otro de sus conceptos contempla varios aspectos relevantes al momento de establecer los costos del Good Will señalando que son activos Intangibles los recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho e privilegio oponible a terceros, distinto de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios periodos determinables, tales como patentes, marcas, derechos de autor, crédito mercantil, franquicias, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil

El valor histórico de estos activos debe corresponder al monto de las erogaciones claramente identificables en que efectivamente se incurra o se deba incurrir para adquirirlos. (oficial, Decreto 624 de 1989, 1989).

El Decreto 2894 de 1994, el cual modificó el Plan Único de Cuentas, describe en la cuenta 1605 el crédito mercantil adquirido o comprado por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo. Reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable, como fue mencionado con anterioridad.

Por su parte el artículo 7° del Decreto 2649 de 1993, en relación con la continuidad, dice que los recursos y hechos económicos deben contabilizarse y revelarse, teniendo en cuenta si el ente económico continuará o no funcionando normalmente en periodos futuros. En caso de

que el ente económico no vaya a continuar en marcha, la información contable así deberá expresarlo.

Para la Superintendencia de Valores y Sociedades el crédito mercantil se define as: “Se conoce como "Crédito Mercantil Adquirido", el monto adicional pagado sobre el valor en libros en la compra de acciones o cuotas partes de interés social de un ente económico activo, si el inversionista tiene o adquiere el control sobre el mismo, de acuerdo con los presupuestos establecidos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”(Circular Conjunta, 1997, P 1) .

Entre otras cosas (Decreto 663, 1993), en lo concerniente al principio de prudencia se indica que cuando quiera que existan dificultades para medir de manera contable y verificable un hecho económico realizado, se debe optar por registrar la alternativa que tenga menor probabilidad de sobrestimar los activos y los ingresos, o de subestimar los pasivos y los gastos.

Haciendo un análisis del contenido del concepto, en relación con la competencia desleal, tasar los perjuicios materiales prácticamente se determina por los bienes materiales y factores contables de una empresa, pero para poder determinar los costos por aspectos relacionados con el good will, buen nombre, o crédito mercantil, es necesario ver el comportamiento de la empresa antes, en el momento y después verse la afectación real de la competencia desleal, con las variables que se indican por tendencias negativas, dificultades financieras, situaciones internas y externas, se resaltan como paros, protestas, demoras en importación o exportación, variación de las divisas, huelgas, demandas, y en estos casos estas variables influyen o afectan directamente los balances negativos o positivos de cada establecimiento comercial de acuerdo a su condición económica y jurídica, por lo tanto

cuando estos factores externos atienden un significado de productividad, puede establecerse un rango de conmutatividad y los actos de competencia desleal que atentan contra la integralidad económica y social de una empresa, compañía o establecimiento comercial, se tasan con la base jurídica, ya citada y con fundamento en los principios de equidad y proporcionalidad.

Otra apreciación conceptual importante para la investigación en curso es la de “(...) recordar que en materia fiscal existen algunas presunciones consagradas expresamente en la legislación tributaria como de derecho, que por su naturaleza no admiten prueba en contrario, como es el caso de las señaladas en los artículos 35 y 83 del Estatuto Tributario, en cambio la presunción legal contemplada en el artículo 75 Ibídem no le niega la posibilidad, tanto al contribuyente como a la Administración de Impuestos, de probar con variada amplitud que el costo puede ser diferente al allí consagrado”, al respecto se infiere que la declaración de renta, no es el punto de partida para poder establecer los verdaderos efectos de un perjuicio por competencia desleal, pues el valor de una empresa se establece por varios factores, como se dijo por activos materiales y activos intangibles, verificando los estados financieros, contables y el reconocimiento que esta tenga y por obvias razones su productividad actual y a futuro por negocios pendientes en trámite. (Estatuto tributario, 1989)

12. Recolección de datos de la Competencia desleal en la tasación del Good Will:

Formas de adquirir el buen nombre y competencia desleal en la tasación del Good Will, Casos

El “Good Will” se va formando a través del tiempo y se refleja por la confianza y credibilidad de los consumidores hacia los bienes o servicios producidos por ella, y no siempre

se adquiere por medio de una determinada negociación, por lo que para apreciar su valor y por ende ser apreciado en dinero, es necesario que se realice una transacción sobre el mismo o se declare ante la administración de impuestos o bien se genere un perjuicio en su contra. Ahora bien, por tratarse de un activo intangible formado o adquirido, tiene diferencias sustanciales, en el primero no es necesario demostrar su costo de adquisición, en el segundo la base es el costo de adquisición, así el “GOOD WILL” o “crédito mercantil” puede generar una sobreestimación del patrimonio. Por las apreciaciones hechas, es importante primeramente tener claro el reconocimiento del buen nombre.

Para ilustrar más la información abordaremos algunos casos:

12.1 Caso Drogas la Rebaja

Revisando esta sentencia se observa que la sala de lo contencioso administrativo del Consejo Estado, refiere el caso de Drogas la rebaja y su necesidad de vender, por su estado financiero y legal. Al respecto (Sentencia, 2009)

“La Sala observa que mediante el Acta No. 26 de julio 10 de 1996, “debido a la difícil situación que atraviesa la empresa por el bloqueo bancario y comercial y ante la impotencia para continuar con el desarrollo de nuestro objeto social, nos vemos en la imperiosa necesidad de estudiar seriamente esta propuesta. Debatido lo anterior entre todos y cada uno de los accionistas se aprueba por unanimidad la venta de todos los establecimientos de comercio a la Cooperativa Multiactiva de Empleados de Distribuidores de Drogas “Copservir Ltda.” La negociación será por la suma de cuatro mil cincuenta millones de pesos (\$4.056.000.000)...”

Pero es necesario resaltar que el análisis realizado por la ponente refleja varios aspectos

jurídicos que ilustran la investigación que se desarrolla; determinándose factores que afectan los balances del establecimiento comercial con un Good Will formado y el precio del mismo en caso venta, (lo resaltado es de este escrito).

Por otra parte, en el mismo fallo En la cláusula segunda de los convenios se pactó:

“Que esta venta en bloque comprende todos los elementos integrales tales como enseña o nombre comercial, inventario de mercancías, los créditos, el mobiliario, las mejoras locativas, muebles y equipo, los contratos de arrendamiento y el derecho a la renovación o prórroga de los locales en que funciona y las indemnizaciones que conforme a la ley tenga el arrendatario. Si los inmuebles son de propiedad de terceros, se cede el derecho de la renovación de los contratos de arrendamiento como lo dispone el Código de Comercio (Artículo 523). El derecho a impedir la desviación de la clientela y la protección de la fama comercial”.

SEGUNDO: Forma parte de este contrato el Balance General al treinta y uno (31) de julio de Mil Novecientos Noventa y Seis (1996), debidamente certificado por el Representante Legal y Revisor Fiscal, junto con sus respectivos anexos.” (Negrilla fuera de texto), aquí podemos establecer claramente que los intangibles se vuelven visibles cuando hay venta y cuando hay actos de competencia desleal, cuya aproximación jurídica, nos remite a realizar la valoración de empresa por medio de expertos en economía, lonja propiedad raíz, contadores, ingenieros industriales y otros profesionales conocedores del tema contable.

Para ilustrar mejor lo que se pretende con la investigación, se cita del fallo el punto número 7 de las consideraciones:

“7. Que para contabilizar la venta simplemente se acreditaron las cuentas del Activo y de debitaron las cuentas del Pasivo. En cuanto al intangible Formado se produjeron los

siguientes asientos contables:

a) VENTA DEL INTANGIBLE, esto debe reflejarse ingresos pendientes ya facturados, para que hagan parte de los balances contables y tributarios, CUENTAS POR COBRAR \$2.193.345.000.

INGRESOS NO OPERAC. \$2.193.345.000, puede hablarse de negocios pendientes cuantificables.

Con este asiento se causa el ingreso por la venta del Intangible formado y se contabiliza la respectiva cuenta por cobrar, esto ayuda a identificar la diferencia del intangible formado o creado y en formación.”

Entre otras cosas Know How, patrimonio superávit de capital también se cuantifica dentro del valor que se le debe dar al intangible.

Para efectos académicos la apreciación del fallo mencionado en otra dimensión, según el tema expuesto se observa lo siguiente:

“Por su parte, la sociedad actora sostiene que si bien denominó el intangible como Know How (saber cómo se hacen las cosas) en los asientos contables, lo cierto es que enajenó el Good Will o crédito mercantil formado por más de veinte años de funcionamiento exitoso, lo que le generó un buen nombre entre la comunidad del Departamento del Huila, al tratarse de una empresa acreditada y en marcha con capacidad de generar flujos futuros de ingresos”.

Como se ha concretado en diferentes ocasiones una cosa es tasar el precio de un establecimiento comercial o crédito mercantil en formación y otro cuando es formado, por ello se deben establecer variables que ayuden a identificar estas circunstancias, y así poder determinar en el tiempo el valor de un perjuicio.

12.1.1 Protección Estado Colombiano de las empresas y la competencia desleal

- **Primer caso**- Acuerdo bilateral para la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular de China.

- **Segundo caso** - sociedad The Bike Shop TBS. Ltda, que brevemente se citan:

1. Otra manifestación del estado Colombiano para la protección de las empresas y la competencia desleal, frente al tratado internacional o convenio con China, que firmó el estado pretendiendo proteger la actividad comercial interna, pero principalmente extranjera (Sentencia , 2012) .

2. Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia dictada el 16 de Diciembre de 2008 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bucaramanga (Sentencia, 2009)

En escrito cuyo reparto correspondió al Juzgado en mención, el señor Wilson Arturo Valencia Mantilla demandó por conducto de apoderado a la sociedad The Bike Shop TBS. Ltda., representada legalmente por Jorge Alberto Chávez Gómez, para que se declare que la sociedad demandada y/o sus socios o dependientes incurrieron en actos de competencia desleal para con el accionante, en calidad de propietario del establecimiento de comercio Ciclope montaña, de aquellos a que se refieren los artículos 7, 8, 9, 12, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 256 de 1996 y el convenio de París, aprobado por la Ley 178 de 1994. El caso descrito refiere la identificación de actos de competencia desleal, con características especiales, como por ejemplo haber sido empleados de la empresa demandante... y copiar todos los procedimientos y los registros de clientela de la misma, se puede observar, que por información privilegiada y

privada se beneficiaron ilegítimamente, haciéndose evidente el acto de competencia desleal. Para la investigación esta sentencia indica la importancia de los tratados internacionales frente a la protección de derechos por competencia desleal, que conducen al propósito perseguido en la investigación, poder determinar la cuantificación de los perjuicios.

12.2 Responsabilidad civil y el daño al buen nombre comercial por actos de competencia desleal.

En el ámbito internacional la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas es un tema complejo y polémico, la naturaleza controversial de esta discusión se edifica principalmente por la construcción histórica de los derechos fundamentales referidos indudablemente a la dignidad del ser humano, y a la valoración de estos bienes jurídicos como derechos personalísimos, sin embargo Colombia, guiada por el creciente activismo judicial adoptó los criterios en este tema establecidos por el Alto Tribunal Constitucional.

Es por tal razón que la Corte Constitucional Colombiana a través de variadas decisiones judiciales (T-094 del 2000, T-412 de 1992, C-489 de 2002), ha manifestado que las personas jurídicas son titulares de aquellos derechos fundamentales constitucionales que les conciernen según su naturaleza social y en coherencia con la interpretación constitucional de estos bienes iusfundamentales.

Lo anterior con fundamento en la capacidad de ser sujeto de derechos y de contraer obligaciones que se predica de las personas jurídicas; el máximo intérprete constitucional promulgó en la sentencia T- 412 de 1992 que el Buen Nombre, cobija tanto a personas naturales como a personas jurídicas, constituyéndose de esta forma en uno de los derechos fundamentales constitucionales pregonados de las últimas y que en concordancia con la humanización de las teorías de administración (importancia del servicio al cliente) ha cobrado

mayor relevancia en la sociedad contemporánea.

“El núcleo esencial del artículo 15 permite también proteger a las personas jurídicas, ante la difamación que le produzcan expresiones ofensivas e injuriosas. Es la protección del denominado "Good Will" en el derecho anglosajón, que es el derecho al buen nombre de una persona jurídica y que puede ser estimado pecuniariamente” (Benjumea y Sociedad Salsamentaria San Martín LTDA vs Canal Caracol, 2000)

La responsabilidad es definida por algunos tratadistas en derecho civil como “una expresión que no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra” (Rodríguez, 1981).

El Good Will como un bien jurídico que puede ser valorado en términos pecuniarios, posee una dimensión que es esencialmente externa, y cuya afectación se evidencia en la pérdida de estima de los demás (consumidores, clientes, proveedores, etc.). Esta pérdida de la confianza por parte de terceros constituye un daño a la reputación comercial, puesto que puede influir negativamente en la empresa, al ser factor generador de pérdida económica.

En la jurisprudencia Anglosajona se ha determinado que existe un daño a la Trading reputación (reputación Comercial) en términos generales cuando han mediado las siguientes manifestaciones “a. Referidas a la situación financiera de la sociedad, b. que descalifican la eficacia de la gestión empresarial, c. que atacan la capacidad y la honestidad de los administradores de la sociedad, d. que se refieren ofensivamente a los bienes o servicios que

ofrece la sociedad” (Rivera, 2006). Es desde esta perspectiva que el buen nombre y el prestigio comercial tienen un valor económico, siendo un reflejo de la gestión administrativa y organizacional de la sociedad, cuya finalidad principal es la consecución de clientela. En la legislación Colombiana se han establecido sanciones a las conductas que atentan contra el buen desarrollo de la competencia comercial, pese a que las normas que regulan esta materia son de naturaleza pública, involucran derechos y situaciones de las que son titulares entidades privadas, que pueden ver afectados los bienes incorpóreos que las componen por la realización de las acciones que componen la política pública que prohíbe la competencia desleal. En cuestiones de derecho civil se entiende que “la responsabilidad civil no supone ya un perjuicio social, sino un daño privado.

Por eso ya no es cuestión de penar, sino solamente de reparar. La responsabilidad civil es una reparación” (Henri Mazeaud, 1960). Sin embargo hay que tener en cuenta que no es fácil determinar la cuantía de una indemnización y mucho más difícil determinarla cuando no existen criterios en la legislación nacional que enumeren o clasifiquen los métodos y métodos que los expertos para la tasación deben emplear para determinar la magnitud del daño causado al buen nombre o reputación comercial como consecuencia de la incursión de un acto de competencia desleal.

La relación de los bienes inmateriales como el Good Will, frente a la indemnización por actos de competencia desleal, tienen un especial interés en la investigación pues como se puede observar no se han establecido criterios jurídicos o rutas para organizar la indemnización integral en caso de perjuicios.

Las decisiones de las altas cortes siempre han estado enfocadas a lo que indiquen los expertos en valoración de empresa, como son peritos financieros, avaladores, que pueden ser

economistas, contadores, ingenieros industriales, en los cuales la rama judicial ha confiado en sus conceptos para la toma de decisiones.

Para poder establecer en rango de los perjuicios en un caso de competencia desleal se deben traer al escenario, los comerciantes o bien una actividad comercial organizada, donde por regla general debe tener límites, constitucionales (bloque de constitucionalidad) límites en la ley y en las buenas costumbres comerciales, el nexo causal identificado y probado, del origen del causante del daño, es necesario mirar los estados financieros de una empresa o de las personas jurídicas comerciales involucradas, observando con una regla económica una tabla de proyección y crecimiento de la empresa en los dos últimos años, y los últimos cuatro meses, para poder determinarse el comportamiento del estado financiero y así calcular el déficit, a partir de un decrecimiento exponencial, ubicando un delta, es decir el ángulo de cambio, o diferencia porcentual antes/después, ya que en nuestro país, las variables están reflejadas algunas veces por el precio del dólar, por la importación y exportación de mercancías, la construcción de obras civiles etc. Con esto se observaría si hay un superávit parcial de ingresos que puedan engañar la tasación real del perjuicio. Y como se ha venido diciendo el buen nombre se trata como un intangible, es importante verificar cual sería el reporte real de los impuestos, es decir el factor tributario.

En cuanto al daño debe ser cierto, parcial o definitivo, comprobable, sea actual o futuro, pero una circunstancia especial es determinar, en qué momento se deben apreciar los perjuicios, cuando en efecto hay un acto ilícito concurrencial, diferenciando el perjuicio directo en el patrimonio y lo que la parte accionada puede ganar como consecuencia de sus actos, es decir, cuando dejo de percibir el accionante y cuanto ganó el accionado como consecuencia de ese mismo acto de competencia desleal.

Promediar los dos años anteriores y en la misma fecha con el año vigente, con los mismos presupuestos, renta gastos, inversión y los que se consideren necesarios y poder tener un rango de medición.

13. Conclusiones finales del capítulo

Respecto a la indemnización de una persona jurídica; tratándose de éstas últimas la afectación a su reputación se resarcirá como daño material bajo la forma común de lucro cesante, es decir se materializa.

Las decisiones de las altas cortes siempre han estado enfocadas a simplemente lo que indiquen los expertos en valoración de empresa, como son expertos peritos financieros, evaluadores de empresa, profesionales que pueden ser economistas, contadores, ingenieros industriales, en los cuales la rama judicial ha confiado en sus conceptos para tomar decisiones al momento de cuantificar los perjuicios.

- Para poder establecer en rango de los perjuicios en un caso de competencia desleal se deben traer al escenario, los comerciantes o bien una actividad comercial organizada, donde por regla general debe tener límites, constitucionales (bloque de constitucionalidad, tratados internacionales suscritos por Colombia), los límites en la ley y en las buenas costumbres comerciales, con el nexo causal identificado y probado, del origen del causante del daño, es necesario mirar los estados financieros de una empresa o de las personas jurídicas comerciales involucradas, observando con una regla económica una tabla de proyección y crecimiento de la empresa en los últimos dos años, y los últimos cuatro meses, para poder determinarse un comportamiento del estado financiero para poder calcular el déficit, a partir de un decrecimiento exponencial, ubicando un delta si lo hay (un repunte ocasional), es decir el

ángulo de cambio, o diferencia porcentual antes vs después, ya que en nuestro país, las variables están reflejadas algunas veces por el precio del dólar, por la importación y exportación de mercancías, la construcción de obras civiles y por cierto la capacidad de inversión o de compra de los ciudadanos. Con esto se observaría si hay un superávit parcial de ingresos que puedan engañar la tasación real del perjuicio. Y como se ha venido diciendo el buen nombre se trata como un intangible, es importante verificar cual sería el reporte real de los impuestos, es decir el factor tributario, simplemente lo que no se demuestra no se cobra.

Factores importantes que se debe resaltar para tasar el perjuicio:

- Tributario: Impuestos y Cuentas por pagar
- Contable: Cuentas por cobrar, obligaciones financieras, cuentas por pagar.
- Económico: Inventarios, pasivos y activos
- Negocio pendiente: Negociaciones proyectadas por clientela y pactada.
- Identificación de la parte activa y el nexo causal.
- Usuarios: Proveedores y compradores, por calidad y cantidad.
- Posicionamiento en el Mercado.
 - El daño debe ser cierto, comprobable, sea actual o futuro, pero una circunstancia especial es determinar, en qué momento se deben apreciar los perjuicios, cuando en efecto hay un acto ilícito concurrencial, diferenciando el perjuicio directo en el patrimonio y lo que la parte accionada puede ganar como consecuencia de sus actos, es decir, cuanto dejó de percibir el accionante y cuanto ganó el accionado como consecuencia de ese mismo acto de competencia desleal.
- Promediar los dos años anteriores y en la misma fecha con el año vigente, con los mismos presupuestos, renta gastos, inversión, etc, estas son directrices jurídicas que conducen

al operador de la justicia a indicar que elementos necesita para poder determinar la medición del perjuicio lo cual es meramente económico.

Es importante aclarar que una cosa es la ruta jurídica y otra cosa es el medio económico para tasar los perjuicios que son reglas económicas o contables que expresan en números lo requerido.

En este apartado, en la investigación abordaremos la analogía para tratar de orientar una ruta jurídica para llegar a tener elementos y criterios claros que permitan posiblemente la tasación de los perjuicios en casos de competencia desleal.

14. Analogía

En busca de determinar los parámetros necesarios para tasar los perjuicios causados por el daño al GOOD WILL, se hace necesario acudir a las fuentes del derecho, específicamente a la analogía, ya que no se encuentra regulado dentro del ordenamiento jurídico colombiano la tasación de dichos perjuicios comerciales, sin embargo es viable acudir a otras ramas del derecho que si han avanzado en la regulación normativa y jurisprudencial respecto a la tasación de perjuicios. Se acude a la analogía con la finalidad de llenar la laguna jurídica que se evidencia en la normatividad civil y comercial, respecto a la tasación de perjuicios en ocasión al daño al buen nombre comercial.

La analogía en el sistema normativo Colombiano está consagrada en el Art 8 de la ley 153 de 1887: ‘‘Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Según la Corte Constitucional ‘‘Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta

modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada”.

El objetivo principal del presente proyecto es determinar la tasación de perjuicios comerciales cuando existe un daño en el GOOD WILL, para ello se hace necesario acudir a la analogía, ya que se contemplan los requisitos expuestos por la legislación colombiana y la jurisprudencia: a) No existe ley aplicable al caso en concreto, b) existe dentro del ordenamiento jurídico materias semejantes ya reguladas, c) se deberá aplica la analogía iuris, y realizar un estudio en todo el ordenamiento jurídico y extraer los principios generales de la tasación de perjuicios.

a) No existe ley aplicable al caso en concreto:

Los perjuicios ocasionados por competencia desleal al buen nombre comercial, no han sido regulados por la legislación, y tampoco por la jurisprudencia. No se han realizados los estudios pertinentes para la indemnización de perjuicios en personas jurídicas comerciales, evidenciándose un vacío jurídico, y fomentando la decadencia que pequeñas y grandes empresas que se han visto afectadas por comportamientos anticompetitivos; dichas empresas no han obtenido reparación en sus perjuicios, por la comisión legislativa sobre el caso en concreto.

b) Existe dentro del ordenamiento jurídico materias semejantes ya reguladas:

14.1 Frente a la Constitución Política Colombiana

Los artículos 13 y 90 de la Constitución Política de Colombia, exponen que no puede existir diferencia entre una persona jurídica o natural, ya que las dos pueden verse afectadas

por un perjuicios causados, es claro que una persona jurídica a través de actos de competencia desleal se ve afectada en su buen nombre y reputación, así como a consecuencia de dichos actos pueden ocasionarse daños materiales como daño emergente y lucro cesante; el derecho a la igualdad en la tipología de persona no se puede vulnerar, porque si bien tienen ciertas diferencias, las persona jurídicas también son sujetos de derechos y obligaciones, por lo tanto tendrá derecho a que se repare integralmente cuando se le ocasione un daño.

En cuanto al artículo 90 la constitución expone el tema de daño antijurídico y el tratamiento de la reparación directa en la jurisdicción contenciosa administrativa para resarcir estos mismos daños por hechos, omisiones u operaciones administrativas que ponen en entredicho los fines esenciales del Estado de acuerdo con la función pública de convivencia y armonía de los intereses de la sociedad. Los perjuicios morales no se ejecutan o se reparan con alguna distinción entre la calidad de la persona ya sea natural o jurídica, sino que estos deben ser reconocidos por el juez administrativo cuyo daño haya sido probado fácticamente, no es necesario que se demuestre algún tipo de afectación sino que el dolo haya sido expuesto como irreparable, ya que es meramente subjetivo. (República, Constitución Nacional, 2015)

14.2 Frente Derecho civil

En la esfera del derecho civil, el Código establece en el artículo 2341 que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”

Así mismo, el Código Civil en su artículo 2356, indica que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser separado de esta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino,

sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.

3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.” (CONGRESO, CODIGO CIVIL, 2015)

14.3 Frente Daño moral objetivo

El daño moral objetivo, tampoco tiene precio o valoración económica pero perjudica el patrimonio, y puede darse la indemnización por lesionar un derecho objetivado como al buen nombre y el honor. En este sentido se referencia en la resolución número 112 del 15 de julio de 1992, indicando que:

El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables (vg. El caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). [...] Por otra parte, en lo atinente al daño moral objetivo, la Sala de Casación, en voto de mayoría, ha señalado: "V.- ... Tampoco tienen precio el honor, la dignidad o la honestidad; y en tales casos, como se trata de bienes morales, la obligación indemnizatoria se dirige a reparar el daño moral sufrido, mas aquí también puede producirse un daño material indirecto, pues la ofensa al honor puede menoscabar el buen nombre de la víctima y afectarla en su patrimonio, lo que da lugar a la indemnización del daño moral objetivado.

14.4 Frente a Derecho administrativo

El ordenamiento jurídico colombiano comprende por regla general la indemnización de perjuicios morales proporcional al grado de aflicción, dolor, amargura y el malestar que se genera por la causación de un daño, lo que por lógica se entiende como sentimientos totalmente provenientes de la condición humana. (Consejo de Estado. 1993) La jurisprudencia del Consejo

de Estado, sustenta la tesis de que el perjuicio moral se constituye en el sufrimiento de quien padece un daño, independientemente de las secuelas físicas y perturbaciones psíquicas que se puedan haber producido (Consejo de Estado. 1992).

Es entonces, como se materializa el concepto de lo que se denomina daño moral; siendo este, el tipo de afectación que vulnera los derechos de la personalidad como lo son la imagen, el honor, el buen nombre, la estética y la integridad, es decir, aquellos daños que afectan los aspectos emocionales, y psicológicos de las personas.

Estos daños morales son difíciles de identificar en cuanto a la persona jurídica, sin embargo las altas cortes (Consejo de Estado y Corte Constitucional) han identificado que se puede dar esta clase de daños por comprometer el buen nombre, afectando la actividad económica de un colectivo, es decir, que se genera una especie de daño grupal, el cual consiste en el atropello de intereses extramatrimoniales plurales de un estamento o categoría de varias personas. (...)

“El daño moral constituye una lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera de actuar propia del afectado. Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y más aún que ese dolor o en general sentimientos que el daño provoca «no tengan precio», no significan que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etc. La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol satisfactivo, en el sentido que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se le otorga al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas”. (VIELMA, 2012)

15. El daño moral en la jurisprudencia colombiana

La Corte Constitucional que se refiere a la regulación y tasación de los perjuicios morales donde se ha sancionado con anterioridad al Instituto Colombiano para la Educación (ICFES) y esta misma ha reclamado mediante sentencia de tutela que no se han valorado idóneamente los presupuesto que se identifican para el reconocimiento del perjuicio moral.

Como ejemplo se tiene la sentencia T-212 del año 2012 emitida por la Corte Constitucional, el Instituto Colombiano para la Educación (ICFES), como demandantes reclama al Estado que se valoren fácticamente los daños morales demandados porque ellos no deben asumir los perjuicios ya que estos no se configuran como tales. Su fundamento se basa en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 donde expresa, “Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

El Consejo de Estado se hace partícipe en la sentencia T-212 del año 2012, refiriéndose a los perjuicios morales que deben sujetarse a la observancia de los jueces, ellos mismos determinarán la cuantía de los daños conforme la Ley 446 de 1998 que deben ser tenidos en cuenta en los procesos contenciosos administrativos. “La violación de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad’. No es necesario indicar si se trata de persona jurídica o natural que pide o alegue la indemnización o reparación directa del daño ocasionado de acuerdo a la omisión, hecho u operación administrativa a cargo del Estado. La función del daño moral es satisfactoria y no reparatoria del daño, ya que cumple con resarcir el mismo de manera netamente sentimental o moral, de algo que ya no se puede volver a tener; así mismo, debe observarse la gravedad del daño para

que la reparación sea proporcional al mismo sufrido por las víctima (s).

Menciona la Corte Constitucional en sentencia T - 212 de 2012, “Así entonces, es claro que el arbitrio judicial, se configura como único sistema para realizar la tasación de los perjuicios morales y que es éste medio utilizado para definir las cuantías indemnizatorias reconocidas a los actores.” Para el caso concreto de la sentencia en mención, el ICFES refuta que las sentencias proferidas desconocen la jurisprudencia contencioso administrativa sobre la valoración de los perjuicios morales: “al referirse a la noción del daño moral ha precisado que este daño puede predicarse de acontecimientos graves sufridos por la víctima, como el desaparecimiento de un ser querido, o los daños a su integridad física, sin que cualquier molestia, angustia o desencanto pueda asimilarse a la noción de daño moral. Y ha señalado que el daño corporal, proveniente de la pérdida de cosas o –en caso tal – del incumplimiento de un contrato, debe revestir suma gravedad para que pueda considerarse como un daño indemnizable.” (CONSTITUCIONAL C. , SENTENCIA T-212, 2012).

Como concepto importante se refiere a la autonomía del juez en el reconocimiento de los perjuicios morales, porque ellos no tiene porqué ser demostrados sino ser enunciados y evaluados por el jurista competente conforme al criterio de la sana crítica y los test de proporcionalidad y razonabilidad expuestos en la doctrina y en el mismo precedente jurisprudencial, “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, reconocido expresamente en la carta política y en preceptos del bloque de constitucionalidad, la Corte determinó que el juez de tutela “no puede extender su actuación a resolver la cuestión litigiosa, obstaculizar el ejercicio de diligencias ordenadas por el juez ordinario, ni modificar sus providencias, o cambiar las formas propias de cada juicio, lo cual violaría gravemente principios constitucionales del debido proceso” (Corte Constitucional. Sentencia T-169 de

2013) (CONSTITUCIOINAL, 2015).

Se evidencia entonces, que la regulación y tasación de un perjuicio moral, es de potestad del juez natural observar si da lugar la indemnización o no, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos de sufrir un perjuicio sentimental, o que afecte de manera directa la imagen, el prestigio y el buen nombre, pues para el caso de una persona jurídica, se comprometería la credibilidad, el honor, la reputación del colectivo, y en el peor de los casos, cuando se tenga una expectativa económica, que difícilmente pueda volver a recuperarse (lo resaltado y la cursiva es de mi escrito). Como tarea del juez en materia administrativa, se tiene en cuenta la legalidad de la misma en las actuaciones incoadas por el administrado, y la interpretación que el juez natural puede darle al litigio conforme los principios que enmarcan la tarea de la toma de decisiones.

En sentencia proferida por el Consejo de Estado, se plantea la siguiente tesis: “ la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio iura novit curia (el juez conoce el derecho) (Estado, 2015), pero precisa con relación a dicha característica una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es del caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante” (ESTADO, SENTENCIA C-644, 2011):

c) Se deberá aplicar la analogía iuris, y realizar un estudio en todo el ordenamiento jurídico y extraer los principios generales de la tasación de perjuicios.

Perjuicios inmateriales:

En cuanto a los perjuicios que no tienen una naturaleza económica, y que por tanto no se pueden medir en dinero, la procedencia de la indemnización de los daños es diferente a la estudiada en los materiales, de manera que los perjuicios inmateriales se relacionan directamente con el sufrimiento y padecimiento de la víctima en su esfera interna en consecuencia del daño, razón por la cual no corresponde como respuesta una medida económica netamente, puesto que como dice Juan Carlos Henao (2007) , “las lágrimas vertidas están naturalmente fuera del comercio” (p. 230), ya que el dolor es imposible medirlo con patrones objetivos por ser en esencia subjetivo.

Este perjuicio inmaterial ha de verse más que todo como una compensación, y no una restitución, pues no se va a lograr del todo y de forma completa el restablecimiento del derecho afectado a la situación en que se encontraba antes del daño ocasionado, y lo que se otorga es la aminoración del sufrimiento padecido por la víctima mediante una indemnización que le permita sopesar su congoja. (Henao, 2007)

El perjuicio extra patrimonial es de reconocimiento interdisciplinario y se conceptúa como la lesión o destrucción de un derecho extra patrimonial. Tal como en los casos de lesión de derechos personalísimos o de los valores o sentimientos que puede experimentar una persona natural o jurídica.

El reconocimiento de este perjuicio no se refiere exclusivamente a sufrimientos morales o sensaciones dolorosas experimentadas por las personas naturales, puesto que puede estar directamente relacionado, como se dijo, con sus derechos personalísimos, como lo son los afectados con el menoscabo de la reputación o prestigio profesional de una persona natural o jurídica, sin que sea relevante la amargura o pena del sujeto que la padece. (Barrios, 2008)

15.1 . Elementos de la efectución de perjuicios: (PRINCIPIOS GENERALES-ANALOGÍA IURIS)

- Que sea Cierto: Cuando el daño existe o se espera que exista al menos. El daño puede ser consolidado, es decir, se entiende presente desde la ocurrencia del hecho dañino hasta la liquidación o pago del mismo; también puede ser un daño no consolidado, ya sea a partir de una situación existente, es decir, parte desde el momento de la liquidación hasta el fin del periodo indemnizable, o a partir de situación inexistente, el evento en el que él no existe hoy, pero se espera que exista en el futuro y se pretende su reparación. (Henao, 2007)
- Que sea Directo: Se debe contemplar el nexo causal, es decir, debe haber conexión entre la lesión y el perjuicio que se pretende reclamar. (Henao, 2007)
- Que sea Personal: El consejo de Estado ha realizado mucho énfasis en la revisión de este aspecto para la consolidación de un daño reparable, ya que dispone que la persona que sufre el daño debe ser el titular del interés afectado o por lo menos una víctima indirecta o por rebote, es decir, que el perjuicio de otro, le causo afectación a un interés propio. (Henao, 2007)
- Que sea Subsistente: Es decir, que el perjuicio no se haya reparado o indemnizado por quien está obligado. (Henao, 2007)

En este orden de ideas los principales elementos son: Hecho generador del daño o perjuicio, nexo causal entre el hecho y el daño, y la imputabilidad de quien causo el daño.

16. Muestra de elementos necesarios para la efectiva indemnización de perjuicios morales por daño al good will:

Sentencias:

1. Sentencia 2001-01791/28019 de abril 29 de 2015 CONSEJO DE ESTADO SALA

DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A
Consejero Ponente: Dr.Hernán Andrade Rincón Exp.: 25000-23-26- 000-2001-01791-01
(28.019) Actor: Luis Fernando Llano Narváez y otros Demandado: Dirección de Impuestos y
Aduanas Nacionales, DIAN Acción: Acción de reparación directa. Bogotá, D.C., veintinueve
de abril de dos mil quince.

“En relación con este tipo de perjuicio se expuso en la demanda que se ocasionó una
afectación al nombre comercial de la Sociedad Fernando Llano & Cía. Ltda., empresa que
gozaba de una inmejorable reputación en el área comercial que explotaba. El reconocimiento
de perjuicios morales a favor de las personas jurídicas ha sido aspecto que la jurisprudencia de
esta Corporación ha tenido ocasión de abordar en diversas ocasiones. Así, en providencia
proferida por la Sección Tercera en 1992, la Sala contempló la posibilidad de que fuera
reconocida indemnización por la causación de perjuicios morales a favor de personas jurídicas.
Se dijo entonces:

“No se pueden compartir los términos absolutos de la afirmación del Tribunal que
declara a las personas jurídicas como no ‘susceptibles’ de sufrir perjuicios morales; es cierto
que dichas personas, no pueden ser víctimas (llamado ‘daño moral subjetivo’), por cuanto su
propia naturaleza las coloca al margen del dolor o de los padecimientos físicos o psicológicos
que constituyen. Pero si se considera el daño moral en la extensión que le es propia, es decir,
como el menoscabo de derechos o de bienes extrapatrimoniales jurídicamente protegidos, es
indudable que las personas jurídicas pueden constituirse en sus víctimas; así su reparación no
consista, de modo necesario, en una indemnización pecuniaria. Se robustece esta afirmación al
amparo del precepto de la nueva Constitución Política que reconoce a ‘todas las personas’ el
derecho ‘a su buen nombre’ y atribuye al estado el deber de "respetarlos y hacerlos respetar"

(art. 15), entre otros que podrían citarse como ejemplo.

Asunto diverso es que en el caso que examina la Sala este daño no se haya probado y que, por lo tanto, deba denegarse”. Luego en providencia proferida el 20 de agosto de 1993, la Sala afirmó: “En principio, estima la Sala que en el caso presente, la Compañía de Jesús como persona jurídica que es no tiene derecho a reclamar indemnización por el dolor o afección sufrida por la pérdida de su compañero de comunidad y labores’, según lo expresa en las peticiones de la demanda. Se precisa lo anterior por cuanto no es unánime ni preciso el criterio doctrinario y jurisprudencial en torno de si las personas jurídicas son susceptibles de sufrir o no daño moral.

De ahí la necesidad de que el juzgador al conocer esta clase de controversias relacionadas con los perjuicios morales de las personas jurídicas deba analizar cada caso en particular, especialmente en lo relacionado con la esencia y naturaleza del daño no patrimonial alegado.

Perjuicios materiales- buen nombre o Good will. los daños al buen nombre o good will deben incluirse en el concepto de perjuicios materiales, por cuanto dichos derechos, aunque pertenezcan a la órbita de lo intangible, constituyen parte del acervo patrimonial de la persona jurídica, de ahí que si el daño producido por la entidad demandada generó un detrimento en aquellos bienes inmateriales que constituyen la noción de establecimiento de comercio, la condena deberá resarcir tanto el daño emergente, cuya tasación depende de los gastos en los que haya incurrido la persona jurídica para restablecer su buen nombre o good will, como el lucro cesante, enmarcado en lo que la persona jurídica afectada por la actuación de la entidad demandada haya dejado de percibir por el hecho dañino sin embargo, lo anterior no obsta para que el juez reconozca la existencia de perjuicios morales a favor de personas jurídicas, siempre y cuando, dichos perjuicios se encuentren debidamente probados en el acervo probatorio

obstante en el proceso.

CONSEJO DE ESTADO Sala de lo contencioso administrativo – Sección primera Sentencia de 7 de julio de 2005, Exp. 20300, MP: Mauricio Fajardo Gómez y sentencia de 21 de febrero de 2002 Exp. 12789 (...) en el ordenamiento jurídico colombiano no existe duda alguna frente a la posibilidad de reconocer aquellos perjuicios morales causados a personas jurídicas, en cuanto hayan sido probados en el proceso. Sin embargo, la Sala debe hacer claridad en punto a que resulta incorrecto considerar que todo daño causado a bienes inmateriales de la persona jurídica deba ser resarcido bajo el concepto de perjuicios morales o extrapatrimoniales. En efecto, tradicionalmente se ha considerado que atentados contra derechos de la persona jurídica como el buen nombre o el good will constituyen perjuicios morales, cuando lo cierto es que los mencionados derechos integran el concepto de establecimiento de comercio en los términos de los artículos 515 y 516 del Código de Comercio.

Aporte:

De manera general los daños al buen nombre o good will deben incluirse en el concepto de perjuicios materiales, por cuanto dichos derechos aunque pertenezcan a la órbita de lo intangible constituyen parte del acervo patrimonial de la persona jurídica, por lo tanto, si el daño producido por la entidad demandada generó un detrimento en aquellos bienes inmateriales que constituyen la noción de establecimiento de comercio, la condena deberá resarcir tanto el daño emergente, cuya tasación depende de los gastos en los que haya incurrido la persona jurídica para restablecer su buen nombre o good will, como el lucro cesante, enmarcado en lo que la persona jurídica afectada por la actuación de la entidad demandada haya dejado de percibir por el hecho dañino, incluso se refiere el Consejo de estado a la

afectación del negocio pendiente como lo expresa la Sentencia de noviembre 19 de 1999, exp. 5091, y lo dicho por el Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de agosto 11 de 2010. Rad. 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593) PERDIDADE OPORTUNIDAD ⁹

Lo anterior no obsta, se reitera, para que el Juez reconozca la existencia de perjuicios morales a favor de personas jurídicas, siempre y cuando, como es lógico, dichos perjuicios encuentren su fundamento en el acervo probatorio obrante en el expediente. Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra que la empresa Aerolíneas Andinas S.A. ALIANSA, alegó la ocurrencia de un perjuicio moral por cuanto consideró que la actuación de las entidades demandadas le habría generado “un perjuicio al buen nombre (good will) de la sociedad demandante, la cual se vio afectada en su prestigio comercial por la retención ilegal de la aeronave”. La Sala no accederá a esta pretensión propuesta por ALIANSA, por cuanto:

i) en el expediente no existen pruebas que permitan acreditar la ocurrencia del referido perjuicio, es decir, no se encuentran elementos probatorios que permitan inferir alguna afectación del buen nombre comercial que le hubiere generado una pérdida de su clientela o una desventaja en el mercado, perjuicios que, se reitera, son de carácter material y no moral; y,

10

i) si bien es cierto que la aeronave HK-2581 tenía a la vista 40 sellos, los cuales

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gomez. Sentencia de agosto 11 de 2010. Rad. 05001-23- 26-000-1995-00082-01 (18593) (i) en primer lugar, en la “certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio”, de modo que el daño no siempre estaría configurado por la transgresión de un derecho subjetivo, sino que para su perfeccionamiento bastaría la existencia de un interés o una expectativa legítimos³⁰; (ii) en segundo lugar, “imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento”, lo que significa que la oportunidad o el chance de percibir la ganancia o de prevenir el perjuicio debe haber desaparecido definitivamente³¹, y (iii) en tercer lugar, que el afectado se encuentre “en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

indicaban que el bien se encontraba sometido a una investigación por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes, lo cierto es que en el expediente se acreditó que el bien permaneció aparcado en el hanger de la empresa demandante ubicado en el Aeropuerto Vanguardia de la ciudad de Villavicencio (de lo cual da cuenta el acta de entrega de la aeronave, razón por la cual la actuación de las entidades demandadas no pudieron generar la pérdida o merma del buen nombre comercial alegada por la parte actora.

17. la teoría de la pérdida de oportunidad en materia de contratación estatal.

En virtud de lo establecido en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, se puede establecer que un contratista que haya ganado una licitación, o seleccionado dentro de un proceso contractual, por hechos ajenos a su voluntad, pero por acción de un tercero civilmente responsable pierde la oportunidad de ejecutar un contrato y obtener ganancias.

Las tablas que a continuación se esquematizan son el reflejo del análisis de las sentencias, y el tema abordado que indican la falencia jurídica existente y la posible disposición de las rutas jurídicas para determinar un límite a los profesionales que tasan el perjuicio, y puede ser el paso para utilizarse como herramienta en los casos examinados por los peritos idóneos y acreditados, por ello surge la necesidad de establecer esta posible ruta jurídica y se explican las siguientes tablas:

La información nace como análisis de las sentencias y de las lecturas como explicación gráfica de cada una, que surgieron de modelos utilizados por el Consejo de Estado en la sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28

de agosto de 2014, Exp.31172. 7.2.

Tabla 19 Test de valoración de perjuicios contra el good will (buen nombre o reputación corporativa) por actos de competencia desleal

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS EN LA VALORACION DEL PERJUICIO							
	Factor 1	Factor 2	Factor 3	Factor 4 Medición	Factor 5	Factor 6 POSICIONAMIENTO En el mercado	
TIPO DE ACTO DE COMP. DESLEAL	RENTA PROMEDIO Gravada 5 AÑOS	PROYECCION Y CRECIMIENTO Negocios pendientes	# de Clientes reconocidos	INDICADORES PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD DEL PERJUICIO 1-10	BALANCE FINANCIER O	Good will formado	Good Will En formación
Desviación de clientela	x	x	x		x	x	
Explotación de reputación ajena	x	x	x		x	x	x
Actos de Engaño	x	x	x		x		
Actos de descredito	x	x	x		x		
Violación de secretos	X	x	X		x		

CRITERIO, INDICADORES, VARIABLES (Fuente: Autor, 2017)

Tabla 20 Porcentajes en salarios mínimos legales vigentes

Nombre	Porcentaje De Afectación	Tiempo De Afectación	Tipo De Empresa Según Patrimonio Declarado.		
			Grande	Mediana	Pequeña
			De 1.000 A 10.000 Smmlv	De 100 A 999 Smmlv	De 10 A 99 Smmlv
Desviación de clientela					
Explotación de reputación ajena					
Actos de Engaño					
Actos de descredito					
Violación de secretos					

(Fuente: Autores, 2017)

Acto de competencia desleal por desviación de clientela

En este caso los expertos en valoración determinarán por los salarios mínimos su determinación, si es grande mediana o pequeña empresa.

Tabla 21 *Modelo de tabla por el acto de competencia desleal por desviación de clientela*

AFECTACION AL BUEN NOMBRE				DESVIACION A LA CLIENTELA								
PORCENTAJE DE AFECTACIÓN	5 a 20%			21 a 50%			51 a 74%			Superior al 75%		
	Grande	Med	Peq	Grande	Med	Peq	Grande	Med	Peq	Grande	Med	Peq
TIPO DE EMPRESA SEGÚN EL PATRIMONIO DECLARADO												
MONTO A INDEMNIZAR												

(Fuente: Autor, 2017)

Perjuicios específicos con efectos en el la reputación Comercial

Esta tabla tiene una propuesta tiene un momento jurídico específico del perjuicio

Tabla 22 *Modelo Perjuicios específicos con efectos en el la reputación Comercial*

VARIABLES DEL PERJUCIO CUANDO AFECTA EL BUEN NOMBRE COMERCIAL			
EFECTO DEL PERJUCIO	VALORACION DE LA AFECTACION ESCALA DE 1-10		
	GRANDE De 1.000 a 10.000 SMMLV	MEDIANA De 100 a 999 SMMLV	PEQUEÑA De 10 a 99 SMMLV
Cuando afecta una Marca			
Cuando afecta una Patente			
Cuando afecta el secreto industrial			
Cuando afecta un negocio pendiente			
Cuando hay detrimento patrimonial			
Cuando hay enriquecimiento sin justa causa del causante del acto de C. Desleal.			

(Fuente, Autor 2017)

Respecto de la Tabla número 19 hace referencia a los elementos constitutivos para la valoración del perjuicio, teniendo en cuenta los contenidos específicos de las sentencias, y las lecturas realizadas, esto es: La medición se podría evaluar en seis factores, primeramente relacionando los tipos de competencia desleal mas examinados por la jurisprudencia; y de acuerdo con esto el primer factor sería, la renta promedio gravada durante los últimos cinco años, pues en el escrito se especifica que se deben tener en cuenta las variaciones existentes y los picos de puntuación de los establecimientos comerciales, para buscar un punto de equilibrio y con esto poder determinar las fluctuaciones ocasionales; otro factor sería la proyección y crecimiento, como punto de referencia es la planeación del desarrollo empresarial, y así medir su evolución y los

negocios pendientes; de igual forma se determina el número de clientes, para poder cuantificar un posible perjuicio en este sentido es uno de los factores mas importantes, pues son estos los que mantienen en gran medida el sostenimiento del establecimiento; también se tiene en cuenta una medición del perjuicio por su gravedad, en una escala de 0 a 10 puntos, donde 10 podría ser la mas alta y uno la mas baja puntuación; el factor 5, es la evaluación de los balances financieros para poder establecer la realidad económica del establecimiento y el posicionamiento en el mercado, determinando si es good will formado o adquirido, en estos casos cuando existe una marca registrada y vende una patente como derecho de uso, o especialmente una franquicia, por ello esta tabla puede orientar con mas claridad al juzgador y darle directrices a limitadas a los peritos.

Respecto de la tabla número 20, la integran primeramente las cinco causales mas comunes de competencia desleal que afectan el buen nombre o reputación comercial, donde se disponen unas variables como el porcentaje de afectación de 0-10 y tiempo de afectación, para poder tener otro instrumento de medición, considerando desde cuando empezó la afectación del perjuicio y cuando cesó el mismo, señalando el tamaño de empresa según el patrimonio declarado, es decir: Grande de 1.000 a 10.000 salarios mínimos legales vigentes, mediana de 100 a 999 Smlv y pequeña de 10 a 99 Smlv.

Respecto a la tabla número 21, es un modelo de apreciación de un acto de competencia desleal, por desviación de clientela y se busca específicamente determinar el numero de clientes que tenía el establecimiento, en cuanto se afectó o disminuyó con ocasión de tal acto, cuando se trata de grande, mediana o pequeña empresa.

Con relación a la Tabla numero 22 se refiere a la variable del efecto del perjuicio frente a una clasificación específica del mismo, es decir de los elementos que componen el buen nombre, estos aspectos surgen también del estudio realizado teniendo en cuenta que son relevantes, cuantificables y visibles a la luz del impacto jurídico-económico en buen nombre o reputación comercial, y de igual forma en grande,

mediana y pequeña empresa.

18. Conclusiones finales

Mediante el análisis diferencial de doctrinantes, y la posición de los magistrados se puede establecer como conclusión, que desde la creación del Código judicial de 1931, CAPÍTULO VIII. PERITOS, artículo 705 al 736, se ha venido utilizando por las altas cortes; es decir, lo que determinen los peritos en la valoración económica es el valor del perjuicio. Sin duda unos expertos dan certeza económica, pero no una ruta jurídica. Estos argumentos, han tenido fuerza en el tiempo, pero se somete a criterios subjetivos que pueden variar, pues pueden subvalorarse o supervalorarse.

Se puede llegar a establecer el momento de la afectación por actos de competencia desleal y poder determinar cuándo empezó o se pudo captar la existencia del perjuicio y cuando se suspendió el mismo, teniendo en cuenta, que al menos hubo un instante de su existencia; también en que momento dejó de existir el perjuicio o se suspendió, bien sea por una medida cautelar o por acción propia, o consecuencia de una actuación judicial, por ello cada una se debe revisar de manera independiente; y también se debe revisar cuándo el perjuicio continúa latente o puede decirse que es definitivo.

Producto de la revisión de los diferentes fallos, es el referente a la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo una entidad que regula y vigila los actos de los comerciantes también tiene la función jurisdiccional delegataria, y los casos donde intervienen, se ordena suspender un acto de competencia desleal, y también interponen multas, pero referente a los perjuicios por competencia desleal entre comerciantes sin incluir de manera directa los efectos

en los particulares, como el caso que nos ocupa actos de competencia desleal en contra de la reputación comercial, frente a esto no se refieren ampliamente, pues directamente lo dejan ante la jurisdicción ordinaria y sin embargo también acuden a la valoración de peritos.

Se puede considerar que los actos de competencia desleal que directamente afectan el buen nombre o reputación mercantil, sirven como argumento para establecer el nexo causal, que como consecuencia del mismo, se produce el daño y a su vez, se puede evidenciar el perjuicio, que para el accionante, sería un punto de partida concreto en la búsqueda de los elementos jurídicos que determinan la ruta para valoración del perjuicio, ubicando los presupuestos en concreto, la actuación concurrencial, los balances, la proyección, el posicionamiento en el mercado, el acto de competencia desleal que a mi parecer está ligado a la conservación de la clientela por cualesquiera de estos, pues lo que mantiene verdaderamente un establecimiento comercial son los clientes, sin embargo, hay actos de competencia desleal que atentan en forma directa contra la reputación corporativa y reducen las ganancias proyectadas, incluso puede llegar a establecerse un correlativo enriquecimiento sin justa causa, este último de compleja comprobación pues solo con probanzas judiciales que incluyan balances, flujo de caja, libros contables, registro de clientes, con cifras ciertas no es fácil demostrarlo, es más viable demostrar la afectación interna del accionante con estos elementos de prueba, es decir del afectado con la conducta.

Ahora bien, respecto de los intangibles dentro de la investigación, es relevante integrarlo como un elemento para poder determinar los perjuicios, quiere decir, que el juzgador en este caso debe conocer de primera mano si el buen nombre es formado o adquirido, y dentro de las consideraciones se debe determinar su existencia, su valor como un aporte y ser utilizado como un silogismo para poder llegar a otra verdad jurídica, el perjuicio.

Otra de las conclusiones del trabajo es el análisis hecho sobre los intangibles considerados bienes inmateriales, es la consideración que hizo el Consejo de Estado en la sentencia con **Radicación número: 13001-23-31-000-2001-00362-01 Actor: ADUANAS BELETUR LTDA S.I.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**, donde indica que el good will se debe ubicar como un bien material, teniendo en cuenta que una vez sea valorado por un experto por vía directa o por orden judicial, ó bien, declarado contablemente ante la administración de impuestos Nacionales, en estos casos según esta sentencia ya no son inmateriales sino bienes materiales apreciables en los libros contables y por consiguiente existen como un activo apreciable en dinero y por los impuestos declarados, frente a esta circunstancia, se podrían evitar incluso, perjuicios por infravaloración del Good will, por ejemplo, al momento de ejecutar una expropiación administrativa, pues a pesar de ser riesgosa la declaración y costosa, también puede en un determinado momento beneficiar el pago del precio justo por el establecimiento comercial, reconocimiento que incluso se hace en algunas Cámaras de Comercio como la de Villavicencio, que por medio de la Resolución 024 del 29 de diciembre de 2009, utilizando una de las fuentes del derecho (la costumbre mercantil), crea derecho, con el reconocimiento de la prima comercial de los establecimiento de Comercio. El numeral 5 del artículo 85 del Código de Comercio, ordena que las Cámaras de Comercio deben recopilar las costumbres mercantiles de su jurisdicción y certificar acerca de su existencia, de esta manera se genera un costo adicional al precio comercial, es decir se cuantifica si no es establecido por las partes, como se dijo, todo lo referido indica que el good will representa bienes materiales como lo dicho o inmateriales cuando no se ha establecido, en este último caso, la valoración del perjuicio es mas dispendiosa, pues cuando se afecta este, se afectan ingresos, producción, clientela, todo lo

relacionado con el establecimiento comercial.

Las decisiones de las altas cortes siempre han estado enfocadas a simplemente lo que indiquen los expertos en valoración de empresa, como son peritos financieros, evaluadores de empresa, profesionales que pueden ser economistas, contadores, ingenieros industriales, en los cuales la rama judicial ha confiado en sus conceptos para tomar decisiones, mediante peritazgos y así determinar el valor del perjuicio en casos específicos de competencia desleal.

Para poder establecer en rango de los perjuicios en un caso de competencia desleal se deben traer al escenario, los comerciantes o bien una actividad comercial organizada, donde por regla general debe tener límites en actividades concurrentes, constitucionales (bloque de constitucionalidad, tratados internacionales suscritos por Colombia), los límites en la ley y en las buenas costumbres comerciales, con el nexo causal identificado y probado, el origen del causante del daño, es necesario mirar los estados financieros de una empresa o de una persona jurídica comercial, y adicionalmente observando con una regla económica una tabla de proyección y crecimiento de la empresa en los últimos cinco años, y un año para poder determinar un comportamiento del estado financiero y poder calcular el déficit, a partir de un decrecimiento exponencial, ubicando un delta, es decir el ángulo de cambio, si lo hay o diferencia porcentual antes vs después, ya que en nuestro país, las variables están reflejadas algunas veces por el precio del dólar, por la importación, la violencia y exportación de mercancías, la construcción de obras civiles. Con esto se observaría si hay un superávit parcial de ingresos que puedan engañar la tasación real del perjuicio. Y como se ha venido diciendo el buen nombre se trata como un intangible, es importante verificar cual sería el reporte real de los impuestos, es decir el factor tributario.

Factores elementos:

- a. Tributario: Impuestos y Cuentas por pagar
- b. Contable: Cuentas por cobrar, obligaciones financieras, cuentas por pagar.
- c. Económico: Inventarios, pasivos y activos
- d. Negocio pendiente: Negociaciones proyectadas por clientela y pactada.
- e. Identificación de la parte activa y el nexo causal.
- f. Usuarios: Proveedores y compradores, por calidad y cantidad.
- g. Posicionamiento en el Mercado.
- h. Bienes: Materiales e inmateriales

El daño debe ser cierto, comprobable, sea actual o futuro, pero una circunstancia especial es determinar, en qué momento se deben apreciar los perjuicios, cuando en efecto hay un acto ilícito concurrencial, diferenciando el perjuicio directo en el patrimonio y lo que la parte accionada puede ganar como consecuencia de sus actos, es decir, cuanto dejó de percibir el accionante y cuanto ganó el accionado como consecuencia de ese mismo acto de competencia desleal.

Promediar en el año anterior y en la misma fecha con el año vigente, con los mismos presupuestos, renta, gastos, inversión, etc, estas son directrices jurídicas que conducen al operador de la justicia a indicar que elementos necesita para poder determinar la medición del perjuicio lo cual es meramente económico, se trata de mirar el comportamiento económico del establecimiento.

Es menester aclarar que, una cosa es la ruta jurídica y otra cosa es el medio económico para tasar los perjuicios que son reglas económicas o contables que expresan en números lo requerido.

Dentro de las observaciones que se deben referenciar en estas notas finales, es que el buen nombre es un intangible, no hay duda al respecto, pero al tasar los perjuicios sobre este, se transforman en bienes materiales, contables y cuantificables.

De las conclusiones podemos ir indicando o reconociendo, que en efecto para poder determinar el valor del good will, se debe hacer en dos fases: Una por un experto en valoración de empresa y se pueda establecer el valor del intangible y la segunda fase, ocurre cuando nos encontramos inmersos en un acto de competencia desleal, y debemos identificar el daño a partir del buen nombre y los posibles efectos sobre la economía de manera directa del establecimiento, pues se ve reflejado en valores, en cifras que dan una influencia real a los ingresos o la permanencia en el mercado y los otros aspectos o perjuicios que deben ser demostrables sea material o moral y subjetivamente la posible proyección del establecimiento en el mercado, proyección que también la prevén los expertos o peritos, que puede ser en lonja o propiedad raíz, ingeniero industrial, un perito comercial como un contador o un economista; por ello sería relevante mostrar la necesidad de establecer unos rangos uniformes para poder hacer el calculo de la tasación de los perjuicios y no simplemente a juicio de los peritos por beneficio de oportunidad del solicitante.

BIBLIOGRAFIA

- Bernal, P.C. Zamora, J.F. (2013). La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. (Ed. 2013) Colombia: Editorial: Universidad Externado.
- Castell Borrero, , L., Cure Uribe, , S., & Nieto Durán, , Á. (2009). *Analisis jurisprudencial de las sentencias en segunda instancia, sobre la competencia desleal en Colombia*. Universidad javeriana. bogotá: Universidad Javeriana.
- Corte Constitucional. T- 094 de 2000. (M.P. Alvaro Tafur Galvis, 2 de febrero del 2000)
- Corte Constitucional. T-412 de 1992. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 17 de junio de 1992)
- Corte Constitucional. C-644 de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 31 de agosto de 2011)
- Corte Constitucional. C-333 de 1996. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1 de agosto de 1996)
- Corte Constitucional. T-169 de 2013. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla. 1 de abril de 2013)
- Corte Constitucional. T- 212 de 2012. (M.P. María Victoria Calle Correa, 15 de marzo de 2012)
- Corte Constitucional. C-263 de 2011(M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 6 de abril de 2011)
- Corte Constitucional. C-1008 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 9 de diciembre de 2010)
- Corte Constitucional.C-649 de 2001. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 20 de junio de 2001)
- Corte Suprema de Justicia. 5860 de 2001. Sala de casación civil y agraria. (M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, 27 de julio de 2001) SENTENCIA 5860 DE 2001, S. (27 de julio de 2001). *REVISTA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA N°:357 DE SEPTIEMBRE DE 2001, PÁG.1595*. Recuperado el 26 de enero de 2017, de WWW.LEGIS.S.A.COM:
http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_75992041bdb7f034e0430a010151f034

Consejo de Estado. 50001-23-31-000-2002-00375- 01(30102) (M.P. Danilo Rojas Betancourth, 5 de marzo del 2015)

Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Sancionado: 26 de mayo de 1873 (Colombia).

Castillo, E.H. (2003). el rigor metodológico en la investigación cualitativa. Recuperado el 23 de enero de 2017 en: <https://tspace.library.utoronto.ca/handle/1807/3460>

Cupis, A.D (1975). El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch.

Decreto 624 de 1989 [con fuerza de Ley]. Estatuto tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. 30 de marzo de 1989. Diario Oficial No. 38.756

Decreto 554 de 1942. Por el cual se dictan disposiciones sobre impuestos. 28 de febrero de 1942 [Ministro de Hacienda y Crédito Público]

Decreto 2650 de 1995. Por el cual se modifica el Plan Único de Cuentas para Comerciantes.

D'andreis Zapata, A. (2015). Competencia desleal: reflexiones desde la ética y la responsabilidad social empresarial. *ADVOCATUS* (25), 200-201.

De Cupis, A. (1946). Teoría General de la Responsabilidad Civil. En A. De Cupis, *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (págs. 30-31). Italia: Milano.

Dirección de Impuestos y aduanas nacionales (2015) Bogotá: DIAN. Disponible en:
<http://www.dian.gov.co/>

Faccio, J. (1981). Responsabilidad Extracontractual. Colombia: Temis.

Gacharna, M.C. (1982) La competencia desleal. (Ed. 1) Colombia: Ed. Temis.

Guillen, R. J. (1986). Diccionario Jurídico. Colombia: Temis.

- Guzmán, A.L. (1995). Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GHC, B. (1969). Guía para la aplicación del convenio de París. Estocolmo: Ginebra Suiza
- Henao, J.C. (1998). El daño. (Ed. 1ª) Colombia: Editorial Universidad Externado.
- Henao, J.C (1998) La responsabilidad civil del Estado y el poder disciplinario. Colombia: Editorial Procuraduría general de la Nación.
- Intellectual, O. M. (1883). Convenio de París. Recuperado el 20 de octubre de 2015, de http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/summary_paris.html
- Jaramillo, L. G. (s.f). La clasificación de los bienes. (Ed. 9ª) Colombia: Temis.
- Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. 18 de enero de 1996. Diario Oficial No. 42.692
- Ley 178 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial". 29 de diciembre de 1994. Diario Oficial No. 41.656
- Mazeaud. H, L. (1960). Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Buenos Aires: Editorial:Ediciones Jurídicas Europa-América .
- Monroy, C. M. (2011) Derecho internacional público (Ed. 6) Colombia: Editorial: Temis.
- Martínez, G. (s.f.). El daño en sus manifestaciones y su intensidad. Colombia: Temis.
- Miravalls, J. M. (2008). Sobre la legitimación activa para ejercitar acciones por violación de marca en el ordenamiento jurídico Español. *Boletín mejicano de derecho* , 41 (123), 5.
- Motesdescoa Almeida, J. A. (2014). *Actos de competencia desleal en el Derecho Marcario*. universidad central del Ecuador. ecuador: Quito:uce.
- Ortiz, B. I. (2008). La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia II Parte: La trasgresión de las normas

- de libre competencia como fundamento de la responsabilidad civil. *Revista Marcatoria, Vol 7* (#1 de la revista), p., 1-p., 66
- Portafolio. (2013). Reputación corporativa, buen nombre y sello de marca. Recuperado el día 15 de junio del 2016 de: <http://www.portafolio.co/tendencias/reputacion-corporativa-buen-nombre-sello-marca-83412>
- Peña, G. A. (2010). El problema de la observabilidad y la inobservabilidad en la contabilidad. Recuperado el abril de 2015, de <http://150.185.138.105/ojs/index.php/visiongerencial/article/view/1062/1029>
- Pérez, M. A. (2006). Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano . Madrid .
- Posner, R. A. (2013). Análisis económico del derecho. España: Fondo de cultura económico.
- Rivera, J. C. (2006). El honor de las personas jurídicas. Colombia: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Rodríguez, A. A. (1981). De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Roa, R.N. (2008). Derecho comercial, curso básico (Ed. 2012) Colombia: Librería profesional.
- Superintendencia de sociedades (2017) Bogotá: Recuperado el día 15 de diciembre del 2017. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/Paginas/default.aspx>
- Sepúlveda, C. (1969). Guía para la aplicación del convenio de París.
- Sevilla Holguín, M. V. (2009). *Competencia desleal : Análisis desde el campo de la propiedad intelectual*. Universidad de las Américas. Quito: Universidad de las Américas.
- Superintendencia de Industria y comercio (2017) Bogotá: Recuperado el día 15 de diciembre del 2016. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/>

Superintendencia de Sociedades, [http://www:](http://www: http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/24438.pdf)

Tamayo, A. (2005). La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Colombia: Editorial: Ediciones Doctrina y Ley.

Taylor, J. B. (1987). Introducción a los métodos cualitativos de Investigación. Recuperado el 23 de 01 de 2017, de WWW.PREZI.COM:htt:77201.147.150.252:8080/xmlui/handle/123456789/1216

Ulloa, C.A., Villalobos, J.A., & Apolo, D.E., (diciembre del 2015) Aproximación conceptual a la comunicación corporativa: retos y propuestas. Austral communication.

Uribe Henao, A. (2015). *Análisis del régimen general de las acciones por competencia desleal*. UPB. Bogotá: UPB.

Velásquez, P.O. (2013) responsabilidad civil extracontractual. (Ed. 2ª) Colombia: Editorial Temis.

Vera Sarango, J. (2015). *REFORMAR LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, YA QUE EXISTEN PERJUICIOS A LAS MARCAS REGISTRADAS EN SUS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL POR LOS NOMBRES DE DOMINIO REGISTRADOS EN INTERNET* . universidad de loja. Ecuador: Universidad de loja.

Vincent, R. G. (1986). Diccionario Jurídico. Colombia: Temis.

Vives,A. Peinado, E. (2011) Responsabilidad social de la empresa en américa latina.

Washington, EE.UU: Vara editores.

Estado, C. d. (2015). *SENTENCIA- EXPEDIENTE 50001233100019940448501170379*. Consejo de Estado. Bogotá: LEGIS NET.

Domínguez, A. (28 de Octubre de 1959). *Sentencia Sala de lo contencioso administrativo*.

COMERCIO, S. D. (12 de 09 de 2012). *SENTENCIA 5137*. Obtenido de WWW.SIC.GOV.CO:
http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/sentencia%20de%20competencia%20desleal/Sentencia_5137_2012.pdf

COMERCIO, S. D. (01 de enero de 2017). *WW.SIC.GOV.CO*. Obtenido de http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/sentencia%20de%20competencia%20deslea l/Sentencia_02_2008.pdf

CONCEPTO. (28 de JUNIO de 2012). *WWW.SUPERSOCIEDADES.GOV.CO*. Recuperado el 01 de ENERO de 2017, de SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES:
<http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-s- contables/Normatividad%20Conceptos%20Contables/32455.pdf>.

DIAN. (11 de septiembre de 2001). *Intangibles*. Obtenido de <http://www.dian.gov.co/http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/24438.pdf>.