

Bogotá D.C.,

10

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Asunto: Radicación: 17- XXX -0000X-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, “*por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. CUESTIÓN PREVIA

1.1. Del alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta.

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-542 de 2005 señaló que:



“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”

Ahora bien, una vez realizadas las anteriores precisiones, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

2. OBJETO DE LA CONSULTA

En esta oportunidad se trata de resolver una consulta presentada ante esta Entidad en la cual se señala:

(...)

En un proceso de contratación de una entidad del estado, contratación pública, para el estudio de mercado cotiza la empresa PEPITO todos los ítems por un valor de 100 pesos. Pero más adelante esta empresa se presenta al concurso ofertando todos los ITEMS en 90 pesos.

Yo creo que hay competencia desleal, porque esta empresa engaño a la entidad con su cotización del estudio de mercado inflando los precios para así tener un margen competitivo a su favor y aprovechando la información privilegiada que de dudosa procedencia la entidad le entregó para hacer la cotización del estudio de mercado.

Tú me puedes ayudar para apoyarme en algún caso similar fallado por la superintendencia?

Tienes conocimientos al respecto de situaciones similares para que me orientes?

Puesto que lo que busco es la descalificación del proponente que en cotización de estudio de mercado cotizó a 100 pesos y al presentarse al concurso oferto en 90 pesos.

(...)



Así las cosas, precisado el alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta y delimitado el objeto de la presente consulta se pasará a absolverla.

A continuación se expondrán aspectos fundamentales para la consulta realizada en materia de protección a la libre competencia y competencia desleal.

3. DE LA COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA.

De manera general, y de conformidad al Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1340 de 2009, son facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio:

(i) vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica;

(ii) imponer a personas jurídicas y naturales las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia;

(iii) decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia;

(iv) autorizar en los términos de la ley, los acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, a los que se refiere el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 o demás normas que la modifiquen o adicionen;

(v) conceder los beneficios por colaboración con la Superintendencia de Industria y Comercio;

(vi) pronunciarse en los términos de la ley, sobre la fusión, consolidación, adquisición del control de empresas e integración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada, y analizar el efecto de los procesos de integración o reorganización empresarial en la libre competencia.

3.1. En materia de competencia desleal.

La Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud del Decreto 4886 de 2011, mediante el Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial, dependencia



de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, se encarga de tramitar las acciones preventivas, declarativas y de condena que los afectados por actos de competencia desleal promuevan ante esta Entidad.

Lo anterior, en virtud de la competencia asignada por el literal b) del numeral 1 y el literal a) del numeral 3 del artículo 24 del Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012- que habilita el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de esta Superintendencia para tramitar demandas judiciales que se adelantan a través del proceso verbal previsto en el Código General del Proceso, en relación con la violación a las normas relativas a la competencia desleal y en los procesos de infracción de derechos de propiedad industrial.

En ese orden de ideas, en beneficio de todos los que participen en el mercado, todos los actos y conductas de competencia desleal se encuentran prohibidos. En primer lugar, se debe abordar el ámbito de aplicación de la ley de competencia desleal (Ley 256 de 1996). En este sentido se ha establecido un ámbito objetivo, un ámbito subjetivo y un ámbito territorial de los cuales pasaremos a ocuparnos.

El ámbito objetivo de aplicación de la ley de competencia desleal establece dos condiciones para considerar un acto como de competencia desleal, esto es, (i) que se realice en el mercado y (ii) que tenga un fin concurrencial. Para el primero se requiere trascendencia real o potencial en el mercado, y para el segundo que por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o un tercero.

Ese ámbito objetivo tiene dos excepciones que permiten obviar las anteriores condiciones. La primera es la acción preventiva para que una persona que piense que podría verse afectada por actos de competencia desleal solicite que se evite la realización de la conducta que aún no se ha perfeccionado o incluso que se prohíba aunque aún no se haya causado daño. La segunda es la violación de secretos que implica que la simple sustracción de una información de aplicación industrial o empresarial que se catalogue de secreta, por medios ilegítimos, configura un comportamiento desleal.

Por su parte, el ámbito subjetivo de aplicación de la ley de competencia desleal establece que se les 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.

Por último, el ámbito territorial de aplicación de la ley de competencia desleal señala que se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.



Frente a las conductas consideradas como competencia desleal, es menester analizar primero el artículo 7 de la Ley 256 de 1996, el cual establece la Prohibición General en términos de actos de competencia desleal, así:

*“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.” (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Adicionalmente, sin que sea considerada una lista taxativa, la Ley 256 de 1996 contempla los siguientes actos de Competencia Desleal:

- Actos de desviación de la clientela (Artículo 8).
- Actos de desorganización (Artículo 9).
- Actos de confusión (Artículo 10).
- Actos de engaño (Artículo 11).
- Actos de descrédito (Artículo 12).
- Actos de comparación (Artículo 13).
- Actos de imitación (Artículo 14).
- Explotación de la reputación ajena (Artículo 15).
- Violación de secretos (Artículo 16).
- Inducción a la ruptura contractual (Artículo 17).
- Violación de normas (Artículo 18).
- Pactos desleales de exclusividad (Artículo 19).

Adicionalmente, es menester advertir que si bien los actos considerados desleales requieren condiciones o elementos especiales para su configuración o estructuración, ello no es impedimento para que se puedan prevenir comportamientos que aunque no perfeccionados, al hacerlo, serán desleales. De esta forma, la acción preventiva puede ser usada bien para prevenir un acto desleal aún no configurado o bien para evitar que dicho comportamiento perfeccionado pueda llegar a producir daño.

3.2. De los Actos de Engaño como Competencia Desleal



En virtud que en la consulta se pregunta sobre la posible configuración de un acto de engaño, pasaremos a explicar en más detalle esta modalidad de competencia desleal. Al respecto, el artículo 11 de la Ley 256 de 1996 establece:

*“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.”(Negrilla fuera del texto)

Con lo anterior, se puede ver que para que un acto se configure como un engaño, tiene que evidenciarse la deslealtad así:

- a) Cuando se induce al público a error sobre la actividad, prestaciones mercantiles o un establecimiento ajenos;
- b) Cuando se utilizan afirmaciones incorrectas o falsas, o cuando omite afirmaciones verdaderas sobre bienes o servicios ajenos;
- c) Cuando se induzca, de cualquier manera, a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos propios o ajenos.

Estas conductas son de peligro, por lo que basta que tengan la potencialidad de inducir a error a posibles compradores del producto. Así las cosas, con los artículos citados se están tutelando la libre elección de los consumidores, quienes deben poder tomar sus decisiones basándose en información verdadera y formar sus preferencias conforme al principio de competencia por méritos. Es por esto que, si la afirmación o el acto que se realice no induzcan a error, y contenga información exacta, verdadera y pertinente, la conducta se considera legal y leal.

Sin embargo, si con la información suministrada anteriormente, usted considera que conoce de algún caso particular en donde se evidencie una práctica que está configurando un acto de competencia desleal, podrá presentar una denuncia ante esta Entidad, adjuntando las pruebas que considere pertinentes para que la Delegatura correspondiente determine si existe mérito suficiente para iniciar una investigación formal.



4. CONCLUSIONES.

La Superintendencia de Industria y Comercio, por mandato legal, es la encargada de velar por la libertad económica y la libre competencia, derechos constitucionales, que encuentran límite en el bien común. En este sentido, ésta Superintendencia vigila el cumplimiento de las normas sobre protección de la libre competencia y competencia desleal.

En términos de competencia desleal, tenemos que, como regla general, está prohibido *“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”*. Adicionalmente, sin que se considere una lista taxativa, la Ley 256 de 1996 contempla una lista de actos de competencia desleal que van del artículo 8 al 19.

Frente al engaño específicamente como conducta constitutiva de competencia desleal, éste tiene que tener como objeto o por efecto inducir al público a error sobre la actividad, prestaciones mercantiles y establecimientos ajenos.

Por último, con los anteriores elementos de juicio, si usted considera que para algún caso particular existe la presencia de una práctica que está configurando competencia desleal, podrá presentar una denuncia ante esta Entidad, adjuntando las pruebas que considere pertinentes para que la Delegatura correspondiente determine si existe mérito suficiente para iniciar una investigación formal.

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://serviciosweb.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/ConceptosJuridicos/Conceptos.php>

Atentamente,



JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: José Andrés Sánchez R.
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

