

	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-028
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 1 de 11

## DERECHO COMERCIAL Y DE LA COMPETENCIA, UNA MIRADA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

LUCAS MONTOYA TAMAYO  
Institución Universitaria de Envigado.  
Lumota1987@hotmail.com

**Resumen:** El tema del derecho comercial y la competencia, tiene aparición desde el inicio mismo de la sociedad, toda vez que el hombre durante su devenir histórico ha trabajado arduamente para generar más y mejores posibilidades de comercializar los productos y servicios. Al mirar rápidamente la evolución histórica del comercio, podemos percatarnos del progreso teórico, práctico y normativo de la competencia. Dentro de esta evolución surgen muchos interrogantes acerca de que se debe entender por actos de competencia desleal y concurrencia, la acepción más aceptada hoy en día en Colombia es la consagrada en la ley 256 de 1996.

**Palabras claves:** *la empresa como sujeto de negocios, libre competencia, concurrencia, exclusividad, competencia desleal.*

**Abstract:** Commercial law and competition's subject, appeared from the beginning of society itself, the humans in its historical development have worked hard to generate more and better opportunities to trade products and services. Giving a quick look to the historical evolution of commerce, we be aware of the theoretic progress, practical and regulatory of competition. Within this development raises many questions about what is meant by acts of unfair competition and concurrence, the most accepted meaning in Colombia today is enshrined in law 256 of 1996.

**Key words:** *the company as the subject of business, competition, concurrence, exclusivity, unfair competition.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que más preocupa a los estudiantes de derecho, al momento de culminar sus estudios de pregrado, es el del ejercicio profesional, este asunto tiene un aspecto importante que debemos entrar a analizar y es el del amplio campo de acción que tienen los abogados dentro del mercado laboral de la sociedad actual, particularmente, su participación en la empresa.

Partiendo de lo anterior, con el presente trabajo se pretende analizar a profundidad el tema de los fundamentos normativos del derecho comercial y la competencia y las posibilidades del Abogado en el mercado Empresarial, la Integración del Abogado a la empresa y su papel dentro de la misma, así como generar en los lectores un nuevo concepto del ejercicio profesional del derecho más allá del litigio, las asesorías o la vinculación a cualquiera de las ramas del poder público.

Al analizar la evolución histórica, conceptual y legislativa de la competencia en relación con el Derecho comercial en Colombia, y

las posibilidades de ejercicio del derecho que esta relación genera para los abogados, encontramos que en la actualidad el ejercicio de la abogacía ha venido ganando terreno en la empresa privada, y no necesariamente desde su ejercicio tradicional (litigar o asesorar), sino, también ejerciendo roles directivos dentro de la misma, lo cual genera para los estudiantes y egresados de las facultades de derecho una nueva posibilidad de ejercicio de la profesión de abogado.

Así, dentro del presente trabajo se proyecta una visión generalizada sobre las nuevas posibilidades que ofrece el mercado laboral para los abogados, dentro del contexto de la empresa privada y del derecho de la Competencia en el ordenamiento jurídico Comercial.

	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-028
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 2 de 11

## 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS SOCIEDADES Y EL DERECHO MERCANTIL Y SU RELACION CON LA LIBRE COMPETENCIA

Como antecedente se debe tener en cuenta de donde emana la capacidad de la empresa y los que puede generar el tema de la libre competencia, ya que esta no llegó a su estado actual de la noche a la mañana, sino como resultado de un proceso de evolución integral en donde convergen no solo aspectos jurídicos, sino históricos, sociológicos y culturales.

La historia es esencial para las ciencias sociales y en general para todo tipo de sociedad, a lo cual no es ajeno el hombre, quien en su ser social, se va desarrollando y organizando en diferentes agrupaciones, como: el clan, las tribus y otras. Desde el punto de vista patrimonial o económico, también ha sido una necesidad humana la de asociarse para desarrollar más eficazmente una serie de actividades que en la práctica constituyen un imposible para el comerciante individual. Fue durante la época del imperio Romano cuando aparecieron las primeras formas asociativas de contenido mercantil. Su origen más remoto se encuentra en la conservación del patrimonio familiar, que aunado al de un extraño se llegó a utilizar para la explotación de minas o para el recaudo de impuestos. Los socios administraban y respondían ilimitada y solidariamente por los resultados de la explotación económica. Apareció, de este modo, la sociedad en nombre colectivo.

Remontándonos al período Romano, cuando al ciudadano le estaba prohibido el ejercicio del comercio, y los recursos del tesoro del Estado, de los cuales devengaba sus principales entradas, se tornaban escasos, se resolvió entregar en forma secreta a un empresario no ciudadano o a un esclavo suyo, a quien daba la libertad, un capital para que emprendiera ciertas actividades mercantiles que habían tomado auge en aquel entonces, sobre todo en el Oriente. El empresario o liberto gestaba los negocios como si fueran propios, con cargo de distribuirse las utilidades

que resultaban de la especulación con el ciudadano que aportaba el capital. Surgió así la sociedad en comandita simple. Posteriormente apareció la sociedad en comandita por acciones, en la cual el empresario o gestor responde en forma ilimitada y solidaria con la sociedad y los socios comanditarios, con el valor de sus acciones.

Al mismo tiempo y como fruto de las empresas de colonización, apareció la sociedad anónima y en la segunda mitad del siglo pasado, en Alemania, la sociedad de responsabilidad limitada, como solución jurídica para la pequeña y mediana empresa. Sin embargo, el verdadero desarrollo de estas formas de asociación mercantil empezó a darse a partir de la producción masiva y del maquinismo, así como la imposición de la tecnología, e importantes descubrimientos, elementos estos con los cuales los sistemas económicos han venido atendiendo las necesidades industriales, empresariales y demás que impliquen la evolución y desarrollo social. Es así como, poco a poco, se van delineando o configurando y perfeccionando las diversas formas de asociación mercantil. Porque los tipos de sociedades no nacieron todos al mismo tiempo.

Su existencia ha sido el producto de condiciones sociales determinadas, algunas más simples y otras más complejas, esto implica consecuencias, y es por ello, por lo que el legislador entró a regular, incluso a intervenir, las sociedades mercantiles en guarda o protección de los intereses privados de los socios, de los intereses de la sociedad misma, de los terceros y de la colectividad, dada la incidencia que ha tenido en el orden económico general. Comenzó por dotarlas de una personalidad jurídica con el fin de que pudieran ser sujetos de derechos y de obligaciones, independientemente de la de los socios individualmente considerados. Esta persona jurídica requiere para su formación un concurso de voluntades, la de cada uno de los socios, quienes deben hacer un aporte en dinero o en otra especie valorable en dinero, a efecto de repartirse las utilidades que genere la actividad emprendida.

	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 3 de 11

Es así como de manera breve se expresa el surgimiento de las sociedades mercantiles. Como se anotó, estas surgieron por diferentes necesidades sociales y a la vez por los intereses que de ellas se derivan para los comerciantes, lo cual con el avance y desarrollo tecnológico y productivo hicieron posible la aparición de formas asociativas con ánimo de lucro, formas económicas, que posteriormente se regulan en materia jurídica o legal.

### 2.1 Noción del concepto de empresa:

El artículo 25 del Código de Comercio Colombiano nos define lo que debe entenderse por empresa; la define como: [COD 71] “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”

Este concepto consagrado por el Código de Comercio, es más funcional (actividad) que material. Por el contrario, el régimen laboral colombiano, prevé como empresa la unidad de explotación económica, constituyéndose más un concepto de establecimiento de comercio que tiene una finalidad propia, cual es, la de extender los beneficios laborales a los trabajadores. La empresa posee una importancia en si misma dentro de la economía y el mercado, que sobra explicar. La empresa es motor de desarrollo dentro de la economía desde el punto de vista de la productividad y el crecimiento económico como tal, también es instrumento de desarrollo social en la medida que genera empleo, riqueza y tributos.

Su importancia implica que la empresa en Colombia cuenta con factores de protección que radican en mecanismos como:

- La protección de la libre y leal competencia.
- La regulación y la protección de la propiedad industrial.
- La unidad e integridad del establecimiento de comercio, como conjunto de

bienes materiales e inmateriales destinados a la realización de la actividad económica organizada, se protege en la medida que cuando se vaya a liquidar una sociedad, si hay varios establecimientos, ella se haga de manera que dentro de la distribución se mantenga la integridad de cada uno de ellos, evitando el fraccionamiento.

### 3. EL CONCEPTO DE DERECHO DE COMPETENCIA.

Es una rama del derecho económico que ordena y regula los mercados, aplicando sanciones a quienes realicen prácticas que atenten contra la libre competencia y concurrencia, postulados básicos de las economías de mercado, estableciendo reglamentación específica sobre algunos comportamientos de los agentes económicos.

Se puede resumir la competencia mercantil como la lucha del empresario por captar el mayor número de clientes, ofreciendo productos y/o servicios a precios, calidades y condiciones más favorables que los demás; pero como toda “lucha”, tiene vencedores y perdedores, ya que, cuando el competidor alcanza a posicionarse con el mayor número de clientes posibles, logra impedir o limitar las posibilidades de posicionamiento de los productos y/o servicios de sus competidores y, eventualmente podría sacarlos del mercado. Por esto toma fuerza la afirmación popular: el derecho de la competencia protege más a la competencia misma, que a los competidores y/o consumidores.

Las normas de competencia precisamente buscan evitar los abusos de la libertad de empresa y de la libertad de pactos en favor del bienestar de todo el cuerpo social, el objeto social del derecho de la competencia es la regulación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público.

	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-028
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 4 de 11

### **3.1. Análisis de la Sociedad como Protagonista de la Competencia Comercial:**

La sociedad es una persona jurídica que nace de un contrato y que constituida de acuerdo con los requisitos legales es tratada como persona distinta de los socios individualmente considerados.

## **4. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

Nuestro ordenamiento jurídico, marcado visiblemente por el sistema capitalista, establece una serie de principios y garantías sobre la base de que todos somos iguales ante la ley, como: “libertad de empresa e iniciativa privada”, “libertad de asociación”, “garantías a la propiedad privada”, “libertad para escoger profesión u oficio” y la “protección al trabajo”. Entonces principios enunciados aleatoriamente constituyen el soporte constitucional y legal de la libertad de competencia y de su oposición a la competencia desleal.

De todos estos principios vale recalcar el de libertad de empresa e iniciativa privada dentro de los límites del bien común, como se establece en el artículo 333 de la constitución nacional, con lo cual se fija el primer límite a la libertad de comercio, es decir, a la libre iniciativa de los particulares en el ejercicio de actividades comerciales. Esta misma norma fija un segundo límite, que consiste en que el estado evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional; en pocas palabras, aunque los particulares, de un lado tienen vía libre para practicar y ejercer el comercio, de otro lado, el estado está facultado para intervenir y racionalizar estas actuaciones de los particulares, imponiendo normas que tiendan a mantener el orden entre competidores y entre estos y los particulares.

### **4.1. Evolución legislativa del concepto de competencia desleal**

En nuestro estado colombiano hay que entrar a analizar cuatro referentes que son:

1. Ley 31 de 1925.
2. Ley 56 de 1936.
3. Ley 155 de 1959.
4. Ley 256 de 1996.

## **5. ANALISIS CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA COMPETENCIA.**

### **5.1 Bases constitucionales**

Tradicionalmente la competencia desleal ha sido considerada una institución jurídica cuya reglamentación busca proteger los derechos a la libertad de empresa e iniciativa privada y a la libertad de competencia económica. En tal sentido, la prohibición de la competencia desleal encuentra sus fundamentos en el artículo 333 de la Constitución Política, que dispone lo siguiente:

[CON 91] “La actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos, ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base de desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

La competencia desleal en su desarrollo normativo procura que la libertad de competencia que surge como consecuencia del ejercicio de la libertad de empresa, sea desarrollada dentro de ciertos límites que beneficien no sólo al empresario, sino a toda la comunidad y que tal ejercicio sea realizado de manera responsable, sin afectar en forma indebida a otros participantes en el mercado. [ANT 93]

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-028
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 5 de 11

[ROD 93]Las responsabilidades a que la Constitución condiciona la “libre competencia”, suponen en la práctica una serie de limitaciones a su ejercicio, que no se pueden desconocer porque de hecho se entra en el terreno de lo indebido, del abuso del derecho a competir, o si se prefiere, en el campo de la “competencia desleal”. En este ámbito, se desplaza la lealtad por las maniobras deshonestas, el libre juego entre los competidores por las prácticas de mala fe, todo ello reñido, como es obvio, con la rectitud comercial.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en considerar la competencia desleal como una forma de infracción al derecho a la libre competencia económica y a la libertad de empresa en los siguientes términos:

“Como es suficientemente conocido, el artículo 333 de la Carta Política de 1991, garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada, con sujeción a la ley, libertades éstas que han de ejercerse dando cabal operancia en la realidad a la función social que ha de cumplir la propiedad y, teniendo en cuenta que, en todo caso, la dirección general de la economía compete al Estado, el cual podrá intervenir, por mandato de la ley para los fines establecidos por el artículo 334 de la Constitución vigente, y antes, para los efectos señalados por el artículo 32 de la Carta Política precedente”[CSJ 86]

Dentro de ese marco constitucional, ha sido preocupación permanente de la Legislación Nacional regular la libre concurrencia en el mercado, de tal suerte que se sancione la competencia desleal, precisamente para hacer efectiva aquella libertad.

El Código de Comercio, expedido por el Decreto-Ley 410 de 1971, cuya vigencia se inició el 1º de enero de 1972, consagró el Título V de su Libro Primero (arts. 75 a 77) a regular lo atinente a la competencia desleal, normas éstas que fueron declaradas exequibles por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de julio de 1986, en la cual se expresó que “considerada objetivamente, la competencia debe significar una mercado con base en un principio según el cual logrará en mayor grado esa conquista del competidor que alcance la mejor combinación de los distintos elementos que puedan influir en la decisión de la clientela”, sentencia en la cual se agregó a renglón seguido

que: “Así concebida la competencia, encaja perfectamente dentro del esquema de la libertad de empresa (art. 32 C.N.) y por tanto, la posibilidad de competir por la clientela se convierte en un verdadero derecho para el empresario garantizado en las disposiciones constitucionales”

Pese a que, como se observa en los fallos arriba citados, las Altas Cortes han considerado de tiempo atrás que la competencia desleal es una institución jurídica que pretende proteger la libertad de empresa y la libertad de competencia, llama la atención que la misma Corte Constitucional al decidir acerca de la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996, determinara que con excepción del mencionado artículo, los demás casos de competencia desleal que trae la ley no constituyen un desarrollo de la libertad de empresa.

### ***5.2 El bien jurídico tutelado en la competencia desleal***

La competencia desleal ha sido instituida como una herramienta que busca reprimir y sancionar aquellas actuaciones que se realizan en el mercado y que en una u otra forma son susceptibles de desviar en forma indebida la clientela de un competidor, afectando sus probabilidades de ganancia.

La competencia desleal reprime y sanciona actos humanos que se traducen en mecanismos que son susceptibles de desviar una clientela y que son calificados como desleales por la ley. Debido a que aquella se ocupa de actos y no de hechos, su objeto de protección no es la competencia en sí misma considerada, pues ésta no constituye un acto, sino un hecho económico que se presenta en el mercado.

Por lo anterior, la competencia desleal vigila los mecanismos materiales empleados para competir, independientemente de que éstos se traduzcan o no en la celebración de negocios o contratos, como consecuencia de las actuaciones desleales. Esto se explica en razón de que la competencia desleal se preocupa por la idoneidad de la conducta para producir un efecto desleal, independientemente del éxito que la misma tenga.

En igual sentido, el derecho a la competencia desleal no equivale a un derecho sobre la clientela, la cual, dicho sea de paso, no es un bien

	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-028
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 6 de 11

susceptible de apropiación, sino que protege la probabilidad de ganancia de aquellas personas que pueden llegar a ser perjudicadas por medios desleales que otros han dirigido contra ellas.

Finalmente, la competencia desleal sólo sanciona la desviación de la clientela en la medida que ésta sea consecuencia de la utilización de medios desleales, pues cuando los mecanismos utilizados para competir son legítimos así se desvíe la clientela, se afecte la probabilidad de ganancia de un competidor o se cause un perjuicio a éste como consecuencia de la disminución de sus ingresos, dichos efectos serán legítimos, pues no habrá mediado ningún acto que pueda ser calificado de desleal en su causación.

El objeto de tutela de la competencia desleal es la lealtad en los medios empleados para competir, la cual se afecta cuando en el mercado se presentan actuaciones indebidas o contrarias a la buena fe comercial, las costumbres mercantiles o los usos honestos en el comercio, que generan la probabilidad de causar perjuicios a los participantes en el mercado.

## 6. EL OBJETO DE LA LEY 256 DE 1996

El artículo 1º de la competencia desleal determina el objeto de la misma, estableciendo varios elementos que es importante resaltar:

La competencia desleal es una norma que se aplica sin perjuicio de otras formas de protección.

La afirmación que trae el artículo 1º, según la cual la competencia desleal es una norma que se aplica sin perjuicio de otras formas de protección resulta oportuna. Con este principio la competencia desleal evita conflictos de jurisdicción y competencia que se han presentado en el pasado, cuando en determinados casos una conducta se encuadraba bajo varios ordenamientos distintos.

En consecuencia, una misma conducta puede ser conocida, analizada o sancionada por diferentes autoridades, como serían la Jurisdicción Ordinaria o el Órgano Ejecutivo representado por la Superintendencia de Industria y Comercio dependiendo de si la conducta es atacada por ser

constitutiva de competencia desleal, o por ser una práctica restrictiva de la competencia.

Otra circunstancia en la que toma importancia la precisión anterior, tiene que ver con la propiedad industrial. Son frecuentes los casos en los que mediante la utilización de marcas o nombres comerciales ajenos, se crea confusión en el mercado. Esta actuación, que al mismo tiempo constituye una infracción mercarí y un acto de competencia desleal, ha dado lugar a problemas de competencia judicial. Algunos doctrinantes [MAN 88] consideraban que cuando se presentaba uno de estos conflictos, debían resolverse con base en el derecho comercial, toda vez que la competencia desleal constituía un derecho anexo a la reglamentación contenida en el código de comercio.

La competencia desleal y el artículo 10 Bis del Convenio de París:

“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.”

Constantemente la competencia desleal hace mención expresa del artículo 10 Bis del Convenio de París. La cláusula general de competencia desleal que trae el citado convenio es típica del

	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-028
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 7 de 11

modelo profesional (Referente a la primer década del siglo XX, ya para esta época la normatividad tiene un carácter general. Este modelo se limita a la tutela de los intereses de la empresa.), por lo cual ante la coexistencia en una misma norma de los modelos, surge la necesidad de armonizarlos en la forma que mejor se adapte a la intención de la ley.

En tal sentido se debe tomar del modelo social (que tiene cabida luego de la II Guerra Mundial hasta la actualidad, y extiende su dominio a la tutela del interés de los consumidores.) la coexistencia de los intereses del Estado, los consumidores y los competidores, y del modelo profesional el parámetro de valoración con base en los criterios profesionales que éste adopta.

A contrario sensu, se debe rechazar del modelo social la valoración de la conducta desleal con base en la buena fe simple y no corporativa, y del modelo profesional la concepción de ser una institución de derecho privado en cabeza exclusiva del comerciante que sea competidor y que haya resultado perjudicado, posición con la cual se exigiría que las partes fueran comerciantes y que sostuvieran una relación de competencia.

## 7. CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE COMPETENCIA DESLEAL Y LA CLAÚSULA GENERAL DE COMPETENCIA DESLEAL

La Ley 256 DE 1996 estableció una cláusula de competencia desleal en los siguientes términos:

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”.

El artículo 7º anteriormente transcrito contiene la cláusula general de competencia desleal, la cual como se ha dicho, regula todos aquellos casos que no fueron específicamente previstos por el legislador.

Analizando dicho postulado de competencia desleal se llega a las siguientes conclusiones:

### *6.1 La buena fe comercial.*

El artículo 7º de la ley 256 de 1996, menciona en dos ocasiones la buena fe comercial: en el inciso primero, al establecer que los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial, y en el inciso segundo, al concebir como una de las causales de competencia desleal la realización de actos o hechos en el mercado con fines concurrenciales que resulten contrarios a la buena fe comercial.

Tal y como se emplea en la ley, la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo comercial, por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. En consecuencia, el criterio corporativo toma importancia, pues el juicio de valor debe revelar con certeza que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe.

### *6.2 Las sanas costumbres mercantiles.*

Tal y como lo prevé el artículo 3º del Código de Comercio, las costumbres mercantiles son una fuente formal del derecho comercial que viene a llenar los vacíos que la ley presenta. En tal sentido, para que una práctica sea considerada como costumbre mercantil, debe ser pública, uniforme, reiterada y tenida como obligatoria por los miembros de la comunidad. Al ser la costumbre una fuente subsidiaria de derecho, ésta no puede en ningún caso contrariar la ley.

El artículo 75 del Código de Comercio, en forma similar trata a la competencia desleal, estableciendo que son constitutivas de competencia desleal las prácticas contrarias a las costumbres mercantiles. Frente a esta afirmación surgió en su momento la pregunta de qué sucedía

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-028
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 8 de 11

con una costumbre nueva, que por el mismo hecho de su novedad es contraria a las costumbres imperantes. ¿Debe considerarse desleal por el sólo hecho de ser contraria a la costumbre mercantil? Una costumbre mercantil, en sí misma, no constituye una vulneración a las normas sobre libre competencia. Ahora bien, si la misma refleja un acuerdo de precios, u otros actos de competencia desleal o concurrencial en cualquiera de sus manifestaciones, en principio dicho acuerdo constituyen una práctica anticompetitiva sancionable por el derecho de la competencia y por lo tanto no podría constituir una costumbre mercantil.

### ***6.3 Los usos honestos en materia industrial o comercial.***

La expresión “usos honestos en materia industrial y comercial”, tiene su origen en el artículo 10 Bis del Convenio de París, del cual fue copiada esta parte de la cláusula general.

Dado que en este punto la norma se refiere a usos, cabe preguntarse: ¿cuál es la diferencia entre costumbres mercantiles y usos honestos en materia industrial y comercial, si es que existe alguna diferencia?

En consecuencia, los usos mercantiles son las conductas seguidas por los comerciantes en sus negocios, mientras que las costumbres comerciales son las reglas que éstos siguen.

Siendo flexibles en la interpretación, se debe concluir que la competencia desleal se refiere a los usos honestos en materia comercial e industrial, como una entidad distinta a la de las costumbres mercantiles. Dado que los usos no constituyen una fuente de derecho por faltarles el elemento subjetivo, su aplicabilidad es ilustrativa del actuar de los comerciantes, pues tan sólo se convierten en costumbres cuando la conducta que constituye el uso es tenida por obligatoria entre los miembros de la colectividad.

### ***6.4 Que el acto esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor.***

La cláusula general establece como constitutivo de competencia desleal la realización de “...todo acto o hecho que se realice en el mercado confines concurrenciales,... cuando esté encaminado a

afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor.”

Según los principios de interpretación de las leyes.

“cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Tradicionalmente se ha entendido que en la práctica se pueden presentar casos de leyes que aun cuando su tenor literal es claro, su aplicación se presta a dudas o controversias al enfrentar su significado con la realidad que pretende regular o al enfrentar su tenor literal con el contenido normativo del conjunto de la ley.

Para el caso que se estudia, el texto literal de la norma es claro, pero su interpretación literal no refleja la realidad que regula, además de contrariar abiertamente el sentido del conjunto de la ley.

Así, si se interpretara exegéticamente la causal de deslealtad que se está analizando, se llegaría a la conclusión absurda que la mayoría de actos que realiza un oferente estarían prohibidos, pues todos ellos están encaminados a afectar la decisión del comprador potencial.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

El tema del derecho comercial es inherente a la evolución histórica, tanto de la sociedad, como del comercio como lo conocemos actualmente, y este continuará evolucionando y surtiendo modificaciones a medida que aquella vayan adecuándose a las nuevas situaciones, es por esto que una de las principales características del derecho comercial es su dinamismo.

Es lógico asegurar que la evolución de la concepción de derecho comercial viene anclada a la evolución de la competencia y, por lo tanto, el

	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-028
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 9 de 11

derecho a la competencia se ha ido adecuando según las exigencias y características propias de cada etapa de surgimiento y codificación normativa del derecho comercial.

El concepto actual de competencia y por antonomasia de competencia desleal, en nuestro ordenamiento jurídico, lo trae la ley 256 de 1996, de la cual se puede inferir que los actos de competencia comercial deben estar ajustados a los límites del bien común y de competencia económica libre y leal, pero responsable. Por qué por este motivo quedan prohibidos, por considerarse desleales, los siguientes actos: de desorganización, de confusión, de engaño, de descrédito, de comparación, de imitación, la explotación de reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a la ruptura contractual, la violación de normas, y los pactos desleales de exclusividad.

El aspecto que más controversia ha generado en torno a la competencia, es el de considerar como actos desleales los pactos de exclusividad; al respecto, mediante sentencia C-535 de 1997, la Corte Constitucional le otorgó una exequibilidad condicionada al artículo 19 de la anteriormente mencionada ley, bajo el entendido de que no todo pacto de exclusividad es desleal, pues lo que da esta calificación a dicho pacto es el objeto o el efecto que ha de perseguir o producir, el cual ha de ser el de restringir el ingreso de nuevos competidores al mercado, o el de monopolizar la distribución de bienes y servicios.

Una de las evoluciones más trascendentales sobre la competencia fue la de eliminar los requisitos que exigía la ley de que entre los sujetos involucrados en los actos de competencia desleal obligatoriamente existiera una relación de competencia, lo cual abrió la posibilidad de que no solo los competidores, sino también los consumidores buscaran la intervención de la autoridades competentes, para evitar abusos en el mercado. De otro lado, ya no es necesario para calificar una estrategia comercial como desleal, que quien o quienes lo realizaron hayan actuado con dolo, ahora basta probar que las consecuencias de dicha estrategia limitan y restringen el normal desenvolvimiento del mercado, para poder ser calificada como desleal.

Al entender la competencia como la intención o lucha del empresario por captar el mayor número

de clientes posible, y para esto ofrecen productos o servicios a precios, cualidades y condiciones más atractivas para los consumidores que los demás empresarios, y al cotejar esto con el ejercicio profesional del abogado, se puede llegar a la conclusión de que por tratarse de una actividad netamente intelectual los parámetros en los que se da la competencia en el ejercicio del abogado son similares a los del campo empresarial, toda vez que lo que ofrece el profesional del derecho a sus clientes es su experiencia, sutileza, responsabilidad, confianza y confiabilidad; por eso cabe anotar que la competencia en el ejercicio de la abogacía está regulada específicamente por la ley 1123 de 2007 (estatuto del abogado.) y en ella se consagran diferentes contextos en los que los abogados pueden incurrir en faltas contra la ética en el ejercicio de su profesión.

En el artículo 32 de la ley anteriormente mencionada, se tipifican los comportamientos que pueden ser considerados como competencia desleal entre abogados, bajo el enunciado de: “Constituyen faltas a la lealtad y honradez con los colegas”. En los cuatro casos que nos trae el artículo *ibídem*, la actuación desleal se ve reflejada en restringir la posibilidad de acción de un colega en un proceso determinado o en entorpecer o propiciar que se entorpezca el pago de los honorarios a un colega.

Como se resaltó en este trabajo los sujetos pasivos de una acción o una conducta constitutiva de competencia desleal, pueden ser otros empresarios, los consumidores y el libre y normal desarrollo del mercado, en este orden de ideas es lógico pensar que con el ejercicio de la abogacía debe pasar lo mismo y es por ello que el legislador en el estatuto del abogado consagró faltas no solo contra la lealtad entre abogados, sino también contra la dignidad de la profesión, por faltar a el decoro profesional, contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado, por faltar a la lealtad con el cliente, por faltar a la honradez del abogado y por violar la debida diligencia profesional, es decir en el ejercicio de la abogacía sus normas regulan la manera como deben competir entre colegas y no solo los protege a ellos sino también a todos aquellos que de forma directa o indirecta participan en esta relación.

Por último, al analizar la posición del abogado dentro de la concepción moderna de empresa y en

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-028
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 10 de 11

el contexto del derecho comercial y la competencia, y teniendo como base de comparación el perfil ocupacional del abogado y las necesidades reales de la empresa, encontramos que aunque el profesional del derecho tiene un amplio campo de acción dentro de la sociedad civil y comercial actual, y que la formación universitaria está acorde con las reales necesidades del profesional y sus potenciales clientes, cabe la posibilidad de que con estudios complementarios u otras visiones del ejercicio profesional, lograrían los profesionales del derecho vincularse exitosamente al mercado empresarial en cargos ejecutivos.

## REFERENCIAS

**[JOA 83] ARBELAEZ Joaquín, y MEJIA Jaime,** 2da. Edición, “Fundamentos de Derecho Comercial y Tributario”, Mc GRAW-HILL, Bogotá-Colombia 1983. Pág. 28 a 54.

**[CAM 90] Colegio de Abogado de Medellín.** “Modernos Conceptos del Derecho Comercial”. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1.990. 359p – 363p.

**[GAR 87] GARRIGUES, Joaquín,** “Curso de derecho mercantil”, Editorial Temis, Bogotá, 1987

**[JUA 05] HERNANDEZ ROJAS, Juan Felipe, RENGIFO SUAZA, Leidy Paulina. Y JIMENEZ PEREZ, Natalia,** “Nociones de Competencia Desleal Envigado”: Institución Universitaria de Envigado, 2005.

**[HIL 98] LEAL PEREZ, Hildebrando,** “Derecho de Sociedades Comerciales”, Parte General y Especial. Teórico-Práctico, Tercera Edición, Bogotá: Leyer. 1998 838 pág.

**[GAB 83] PINZON, Gabino,** “Sociedades Comerciales”, Volumen II, Tipos o reformas de sociedad, Segunda Edición, Editorial TEMIS

librería, Bogotá-Colombia 1983. Capítulo I, Capítulo II, Capítulo III, Capítulo IV, Capítulo V.

**[ELI 99] SALCEDO SALAZAR, Elicerio,** “Manual de Derecho Comercial”, Bogotá: Leyer. 1999 386 pág.

**[FER 03] SANCHEZ CALERO, Fernando,** “instituciones de derecho mercantil” editorial Mc Graw Hill, Madrid, 2003.

**CAR 03] VELÁSQUEZ RESTREPO Carlos Alberto.** “Instituciones de Derecho Comercial”, Editorial Señal Editora. Medellín. 2003. Pág. 177.

**[OSC 05] VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ Oscar Darío.** “Nuevo Manual de Derecho Comercial”, Editorial Librería Jurídica Sánchez. Medellín. 2003. Pág. 25

**[ROD 97] CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia N. C-535/97 del 23 de octubre/97. Referencia: D-1598. Magistrado ponente. Dr. Rodrigo NOGUERA CALDERÓN

**[ANT 93] CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia N. T- 492/93 del 28 de octubre/93. Expediente T 15908. Magistrado ponente. Dr. Antonio BARRERA CARBONELL

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-03
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 11 de 11