

LA ACTIVIDAD COMERCIAL DE LA INDUSTRIA

ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ
Abogado Titulado U de A.
Profesor de la Cátedra Sociedades en la Facultad
de Derecho U.P.B.

LA ACTIVIDAD COMERCIAL DE LA INDUSTRIA

I. LAS DOS FORMAS DE COMPETENCIA ILEGAL

Quienes actúan en el mercado, procurando captar las simpatías del público para sus productos o servicios, pueden trasgredir el régimen legal de la libre competencia de dos maneras, que persiguen el mismo fin ilícito de perjudicar al competidor, pero que tienen manifestaciones diferentes y aún contrarias.

Porque el industrial o comerciante en ciertas ocasiones pretende simple y llanamente la supresión de la lucha competitiva y su instalación en el mercado con poderes total o parcialmente monopolistas, propósito que unas veces alcanza logrando acuerdos con el adversario (distribución de mercado, unificación de precios) y otras absorbiéndolo o capturando la propiedad de su negocio (fusiones, consolidaciones, integraciones).

Sin embargo, no siempre el procedimiento competitivo ilegal asume tan drásticos contornos, ya que, en ocasiones, se persigue simplemente perjudicar al colega sin pensar, al menos de manera directa, en suprimirlo; así ocurre cuando, no pudiendo o no queriendo eliminar las circunstancias competitivas del mercado, el empresario trata a sus iguales con deslealtad, de manera contraria a la buena fe comercial, al honrado desenvolvimiento de los negocios y a las sanas costumbres que los rigen, buscando, por ejemplo, su descrédito, la imitación de sus signos distintivos, la ilícita obtención de sus secretos, etc.

En el primer caso se trata, pues, de suprimir al competidor, en el segundo, en cambio, de aceptar a regañadientes su existencia, pero buscando perjudicarlo con las múltiples prácticas indebidas que enseñan la mala fe y la deslealtad.

De allí que, cuando estemos ante la primera de estas dos situaciones, no sea correcto hablar de competencia desleal sino de restricción de la competencia; en cambio, al pasar a la segunda, estaremos ya, como es obvio, frente a la conocida institución de la **competencia desleal**, mejor tratada y comprendida que la primera en la legislación y la doctrina.

Desde luego, la distinción no puede ser formulada en términos absolutos, tanto con las prácticas restrictivas como con las desleales, se persigue, en última instancia, el dominio del mercado, en mayor o menor grado; con todo, es indispensable mantenerla, no solo porque se trata de conductas ilegales diferentes, sino también porque solo así podremos saber cuáles son, en derecho colombiano, las normas aplicables a una y otra, problema del que se tratará, precisamente, en el punto siguiente.

II. CONTENIDO Y VIGENCIA DE LA LEY 155 DE 1959

Este viejo estatuto legal, que tuvo origen en un proyecto del Dr. Hernando Agudelo Villa y que pretende, según el título de su articulado, "dictar algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas", se refiere simultáneamente a las materias que hemos distinguido en el aparte anterior.

Ante todo, su artículo 1o., que fue sustituido por el 1o. del Decreto 3307 de 1963, prohíbe tanto los acuerdos como las conductas limitativas de la libre competencia, excepto aquellos que sean autorizados por el gobierno para defender "la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general".

Queda así calificado como acto ilegal, nulo por objeto ilícito según el artículo 19 de la misma ley, todo aquel, de naturaleza unilateral o bilateral, que busque limitar de una u otra manera la libre competencia.

Por su parte, el artículo 4o. somete a la autorización previa del gobierno nacional todas las operaciones de fusión, consolidación o integración, sea cual fuere su forma jurídica, que proyecten realizar empresas dedicadas a la misma actividad económica y cuyos activos sean iguales o superiores a \$20.000.000.00, suma que, hace veinticinco años, era

ciertamente importante, pero que hoy resulta inadecuada para los propósitos de la norma.

Quiso la ley, de esta manera, controlar las dos manifestaciones básicas de las prácticas restrictivas de la libertad de comercio, porque con su artículo 1o. prohibió los acuerdos de corte monopolista concertados entre empresas respetuosas de su independencia jurídica y económica, mientras que, con el artículo 4o., impidió la libre negociación de pactos de integración que persigan la absorción de una entidad por otra o, al menos, el dominio de la primera por la segunda.

Sucede, en otros términos, que la libertad de comercio puede ser afectada no solo con la supresión del oponente sino también con el acuerdo celebrado con él para dar término a la competencia recíproca; de allí que toda legislación sobre prácticas restrictivas, si aspira a ser completa, deba prohibir tanto el "cartel" como el "trust", o sea, para decirlo con ejemplos, tanto el pacto sobre precios que celebren dos competidores, como el intento del uno para someter al otro a su influencia dominante; esto es, cabalmente, lo que ha querido hacer la ley 155 con sus dos artículos básicos, el 1o. y el 4o.

Sin embargo, era necesario también cubrir el campo de la deslealtad en la competencia, afín al que se acaba de examinar, pero de todas formas diferente del mismo, si no en sus propósitos, por lo menos en los medios utilizados. Por ello, la ley habló también de la competencia desleal propiamente dicha, definiéndola en su artículo 10o. como "todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial, y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas", para proceder luego, en el artículo siguiente, a ilustrar el concepto con la enunciación de los diversos casos concretos que en esta materia podrían presentarse.

Ahora bien: El deslinde de estos dos aspectos de las actividades competitivas ilegales es imprescindible para determinar con alguna claridad las normas que los rigen actualmente, porque ha sucedido que el Código de Comercio de 1971 reguló en forma más o menos completa la competencia desleal, guardando, en cambio, silencio total acerca de las prácticas restrictivas de la libertad de comercio, ya sea por acuerdo (cartel) ya por dominio (trust); de modo que el establecimiento mercantil vigente no dice una sola palabra sobre las situaciones de monopolio y sobre los procedimientos para establecerlas, puesto que sus normas nunca van más allá de la competencia desleal estrictamente considerada (artículos 75 a 77) y de algunos escuetos conceptos sobre

las sociedades matrices, filiales y subsidiarias (artículos 260 a 262 y 265).

Ciertamente el Código no entra a definir la competencia desleal, como lo había hecho la vieja Ley 55, limitándose a enumerar, en el artículo 75, de una manera no taxativa, las diversas situaciones constitutivas de la misma; sin embargo, su numeral 9o. cita un caso final que, por lo general, es prácticamente un concepto de la actividad competitiva desleal; en efecto, este texto considera como tal "cualquier otro procedimiento similar a los anteriores, realizado por un competidor en detrimento de otros o de la colectividad, siempre que sea contrario a las costumbres mercantiles".

Obsérvese cómo ya la fuente de la deslealtad en la competencia no está en la "mala fe" o en la "falta de honradez" en los negocios sino en la "violación de las costumbres", con lo cual, creemos, el concepto ha perdido altura y autoridad, porque no parece correcto identificar siempre la moral del comercio con lo que en él se acostumbra.

Pero, sin hacer más indagaciones sobre este punto, lo que nos interesa ahora es averiguar en qué medida o extensión afectó el Código de Comercio la Ley 155 de 1959; ¿la derogó totalmente, lo hizo solo en parte o la dejó a salvo en todas y cada una de sus normas?

El único criterio válido que en este punto puede ser utilizado es el que nos enseña el artículo 2033 del mismo Código, en el cual se ha dispuesto que, como en él se regulan íntegramente las materias a que se refiere, deben estimarse derogados no solo los dos viejos Códigos (al Terrestre y el Marítimo) sino también todas las leyes y decretos posteriores "que versen sobre las mismas materias".

Tratándose pues de los temas o asuntos disciplinados por el nuevo Código, la derogación de la legislación anterior resulta ser doble y, por ende, más que indiscutible; hay derogación expresa porque el Código la ordenó en el artículo 2033; y hay también derogación tácita porque, según sus propias palabras, "las materias contempladas en él, han sido reguladas íntegramente".

De allí que la conclusión, respecto de la Ley 155, resulte bastante simple: puesto que el Código reguló la competencia desleal y puesto que, además, lo hizo de manera íntegra, las normas que sobre ella contiene dicha ley han quedado derogadas; por el contrario, como nada dijo el nuevo estatuto acerca de los monopolios y en general de las

prácticas restrictivas de la libertad de comercio, toda esta compleja materia sigue gobernada, mal que bien, por la Ley 155.

III. LAS EMPRESAS INDUSTRIALES PUEDEN EJERCER ACTIVIDADES DE DISTRIBUCION

Aclarando así estos aspectos generales de la cuestión, ha llegado el momento de despejar el siguiente interrogante:

Quién sea industrial o fabricante ¿Puede, sin violar la Ley, acometer la distribución de sus propios productos?

¿Son entonces legítimas, o no lo son, las llamadas ventas en fábrica?

Una característica sobresaliente de la vieja Ley 155 es la de prohibir las integraciones horizontales, no así las verticales; por mucho que se busque en su articulado, solo se encontrarán dos normas que contrastan, por ser prohibitiva la una y permisiva la otra; en efecto, mientras el artículo 4o. prohíbe las fusiones o consolidaciones en general entre empresas dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un mismo bien —o sean las integrantes horizontales— el artículo 7o. autoriza expresamente las de naturaleza vertical, al permitir que las empresas industriales distribuyan sus propios productos; dice así esta norma:

“Las empresas industriales que establezcan o hayan establecido sistemas directos de distribución de sus productos o por intermedio de empresas comerciales, autónomas o filiales no podrán vender sus artículos, mercancías o productos por procedimientos que impliquen competencia desleal para con los comerciantes independientes que negocien con los mismos artículos o productos”.

Nótese bien cómo esta norma, a pesar del sentido prohibitivo de su redacción, en realidad lo único que veda al industrial es la conducta desleal, cuando quiera distribuir sus propias manufacturas; por tanto, para el fabricante la prohibición no consiste en distribuir sino en distribuir deslealmente; mientras lo haga con honradez y buena fe, absteniéndose de tratar abusivamente a los intermediarios independientes, nada podrá reprochársele, ni mucho menos afirmar que ha invadido un campo extraño a su actividad, que no le está permitido transitar.

En otros términos, la condición de industrial o fabricante no conlleva la carga de una inhabilidad legal para comerciar o distribuir, de la mis-

ma manera que la calidad de agente intermediario tampoco supone imposibilidad para proceder a elaborar lo que está distribuyendo.

Según la Ley, ni el industrial es inhábil para comerciar ni el comerciante lo es para manufacturar; no hay, pues, en este aspecto, campos vedados para el empresario, sea cual fuere la índole de su actividad, a no ser aquellos de la deslealtad y la mala fe.

Es esta, por otra parte, una cuestión estrictamente legal, no un problema de justicia o de conveniencia económica; no discutimos, por tanto, las ventajas o las desventajas que podría llegar a tener una eventual prohibición de distribuir lo que se fabrique; quizá ella pueda tener alguna justificación en ciertas hipótesis o respecto de determinadas modalidades; así que lo único que se pretende afirmar es que, en el artículo 7o. de la Ley consagra precisamente lo contrario, al no sancionar la actividad distribuidora del industrial sino cuando la desarrolle con deslealtad; además, consideramos que esta norma está vigente, puesto que ella regula una materia que no es, estrictamente hablando, de competencia desleal sino de libertad de comercio; de allí la utilidad de la distinción que formulamos en los primeros apartes de este estudio.

IV. LAS EMPRESAS INDUSTRIALES DEBEN RESPETAR LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCION

Se dirá, con todo, que las conclusiones anteriores son incorrectas, porque olvidan que es el distribuidor quien precisamente lucha por la aceptación del producto, abre los mercados, conquista la clientela, la consolida y amplía, creando así, con su esfuerzo, el prestigio, la difusión y la tradición de buen crédito de los bienes que han sido confiados a su intermediación, no siendo entonces justo que el fabricante invada de improviso un campo que le es ajeno, para entrar en relaciones directas con la clientela y aprovechar así el trabajo del otro.

Este modo de mirar las cosas, a pesar de su lógica aparente, es desacertado; habría que precisar, ante todo, que el prestigio de un producto no es obra única del comerciante, como no lo es tampoco del industrial; ni uno ni otro puede reclamar para sí el mérito exclusivo, pues la clientela ha sido conquistada gracias al esfuerzo de ambos, es decir, gracias no solo a la constante actividad de penetración del distribuidor sino también a las condiciones favorables de calidad y precio que son imputables, no a este, sino al industrial.

Un producto se vende no solo porque el distribuidor sepa ofrecerlo en el lugar y el momento más oportuno y de la forma más conveniente,

sino también porque sea un buen producto y tenga un precio razonable.

Hay, sin embargo, una zona extensa e importante en la que el industrial no puede moverse con toda la libertad que hemos señalado, sin violar los derechos del comerciante; estamos hablando del área del contrato, dentro de la cual el empresario no solo está gobernado por la ley sino también por las estipulaciones que voluntariamente ha consentido.

Por ello es correcto pensar que, cuando el fabricante ha confiado a un comerciante la distribución de sus productos, bajo cualquier modalidad contractual (suministro, agencia, concesión, consignación, etc.), no podrá violar el convenio ni terminarlo sin un justo motivo, para entrar en tratos directos con la clientela, procediendo así a usufructuar una riqueza inmaterial que en buena parte se debe al esfuerzo del intermediario que primero eligió y luego desechó arbitrariamente.

De allí el funcionamiento de equidad de normas que, como la muy conocida del artículo 1324 del Código de Comercio, obligan al empresario a indemnizar adecuadamente al agente comercial, cuando, de manera unilateral y sin justa causa comprobada, de por terminado el contrato de trabajo.

Y de allí también la injusticia y el error legal que es posible observar en reiteradas doctrinas de la Corte Suprema de Justicia, que solo consideran aplicable tal norma al caso único de que el intermediario sea representante del empresario, olvidando así que el contrato de agencia comercial puede, según las propias palabras del artículo 1317, revestir diversas modalidades diferentes de la estrictamente representativa. Pero este es otro asunto que, aunque de mucho interés, resulta ajeno a los propósitos del presente trabajo.

V. LA NO OBLIGATORIEDAD DEL PRECIO DE DISTRIBUCION

El artículo 9o. de la Ley 155 dice así:

“Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales o distribuidores, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal”.

Como puede verse, el propósito de la norma es el de evitar que el industrial viole las reglas de juego que él mismo ha impuesto, vendiendo sus productos a precios superiores o inferiores a los que señaló, en términos obligatorios, a los distribuidores independientes, porque una conducta de tal naturaleza sería desleal y abusiva, al menos en la mayor parte de las situaciones.

No está bien, entonces, desde el punto de vista de la lealdad en los negocios, que el productor, luego de fijar un precio de distribución, sea el primero en desconocerlo, frustrando así, en alguna medida, las posibilidades de éxito comercial de los intermediarios autónomos.

No obstante, si se recuerdan los planteamientos expuestos en los primeros apartes de este estudio, resultará ciertamente difícil considerar vigente el precepto comentado, porque, teniendo por objeto la regulación de un caso de competencia desleal y no de restricción de la libertad de comercio, debe considerarse derogado por el Código Mercantil, que no reproduce una norma igual o siquiera similar.

Esta parece ser la verdad legal, aunque en el presente caso, como hemos observado, no coincide con la justa regulación de las relaciones competitivas entre comerciantes e industriales.

La única posibilidad de considerar esta situación como de competencia desleal, conforme a las actuales disposiciones del Código, sería la de estimar que la violación de los precios de distribución por el fabricante contraría la costumbre mercantil, configurándose así el acto competitivo desleal de carácter general, a que se refiere el numeral 9o. del artículo 75; sin embargo, dudamos de la existencia de una costumbre de tal naturaleza, es decir, de la presencia de un hábito social generalizado, con fuerza obligatoria, de cuyo contenido regulador deba deducirse que el industrial no puede vender a precios diferentes de los que él mismo ha impuesto a otros.

VI. LA DISTRIBUCION POR PERSONAS VINCULADAS A LA EMPRESA PRODUCTORA

No es posible pasar por alto, en el presente análisis, el examen del artículo 6o. de la Ley 155 que prohíbe a los presidentes, gerentes, representantes legales, miembros de juntas directivas y, en general, administradores que ocupen empleos equivalentes, distribuir por sí o por interpuesta persona los bienes o servicios de la empresa en cuya dirección participan, o de las filiales de esta.

Según el texto de la norma, esta inhabilidad solo debe aplicarse cuando se trate de empresas productoras organizadas como sociedades anónimas o como compañías de responsabilidad limitada, siempre que, en el caso de estas últimas, existan socios que sean otras sociedades, de tal manera que el número total de personas naturales vinculadas exceda de veinte.

No habría pues por qué pensar en la incompatibilidad, por falta de fundamento suficiente, cuando se tratara de pequeñas o medianas compañías de responsabilidad limitada, o de sociedades colectivas o en comanditas, ya que en ellas lo normal es que sus directores o administradores sean al mismo tiempo los dueños del capital social o de su mayor parte, resultando así exagerado e inequitativo que al propietario de un negocio se le prohíba intervenir en la distribución de sus productos, circunstancia que, por el contrario, no se da en las grandes sociedades anónimas o aún limitadas, en las que suele estar presente el bien conocido fenómeno del divorcio entre dueños y gerentes o ejecutivos en general.

Por otra parte, para lograr la completa eficacia del mandato legal, el artículo 6o. extiende el alcance de la prohibición a los padres, cónyuges, hermanos e hijos de los funcionarios directivos, así como a las sociedades distribuidoras en las que estos o aquellos sean socios.

Pensamos que esta importante norma, aunque haya caído un poco, o quizás mucho, en el olvido, está vigente, porque su contenido regulador no concierne a la competencia desleal propiamente tal (materia en que se produjo la derogación por el Código) sino que se refiere al establecimiento de una inhabilidad o incompatibilidad tendiente a que los directores de las grandes empresas aprovechen su posición de privilegio para obtener ventajas económicas indebidas, resultantes de un interés personal incompatible con el general de la entidad que administran.