

REPÚBLICA DE COLOMBIA



No. _____

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 30718 DE 2002
(25 SET. 2002)

Por la cual se resuelve un recurso

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus facultades legales, en especial las que se le confirieron en los artículos 4, número 24 del decreto 2153 de 1992 y 50 del código contencioso administrativo, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante escrito radicado el 26 de julio de 2002 bajo el número 00021514 - 00040010, el doctor Jorge E. Vera Vargas obrando como apoderado especial de la sociedad S. O. Colombia Ltda., presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la decisión contenida en la resolución 18449 de 2002, mediante la cual esta Superintendencia decidió una investigación por competencia desleal e impuso una multa. El recurrente pretende que se revoque dicha decisión y en su lugar se disponga que su representada no ha incurrido en actos de competencia desleal. Se fundamenta de la siguiente manera:

"RECURSO DE REPOSICIÓN (...)

"II OBJETO DEL RECURSO

"Este recurso tiene como objeto, el que se revoque en su totalidad la resolución 18449 de fecha 21 de junio de 2002 y en su lugar se declare que mi representada no ha incurrido en actos concurrenciales de competencia desleal al no infringir lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 256 de 1996."

"III SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

"Los fundamentos centrales de la resolución impugnada son, en esencia:

"i) El "mensaje consignado en el aviso ordenado por S.O. Colombia, en el cual se advierte de personas inescrupulosas, violadoras de sus patentes, quienes fabrican y comercializan espumas florales de baja calidad, tiene un sujeto determinable, Decorcintas (...)" (Folio 12, párrafo 6, de la resolución No.18449 aquí impugnada). (Las negrillas son ajenas al texto original), y

"ii) "la afirmación consignada en el aviso según el cual las espumas florales de las que se advierte, son de baja calidad, no resulta exacta, verdadera y pertinente siendo por el contrario incorrecta o falsa y por tanto violatoria de la norma y constitutiva de competencia desleal".

"Para un mejor entendimiento de esta sustentación tenemos que dividirlo en capítulos que hagan didácticamente comprensibles las razones jurídicas que necesariamente deben concluir con una revocatoria total de la resolución No.18449 de fecha 21 de junio de 2002."

"Tales Capítulos son:

Por la cual se resuelve un recurso

CAPITULO PRIMERO. LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA LEY 256 DE 1996

CAPÍTULO SEGUNDO. EL AVISO DE PRENSA.

CAPÍTULO TERCERO. EL ANÁLISIS PROBATORIO

CAPÍTULO CUARTO. CONTRADICCIONES CON EL INFORME PRELIMINAR Y OTRAS CONSIDERACIONES DE INCONFORMIDAD.

CAPÍTULO QUINTO. PETICIÓN DE NUEVAS PRUEBAS.

CAPÍTULO SEXTO. CONCLUSIONES

CAPÍTULO PRIMERO

LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA LEY 256 DE 1996"

"Es importante empezar por establecer la filosofía que sigue la Ley 256 de 1996 para encontrar si a través de la regulación normativa de dicha ley, un comerciante determinado ha incurrido en Competencia Desleal, mediante actos concurrenciales."

"De conformidad con el artículo 7, Capítulo 2 de la Ley 256 de 1996 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."

"Su Despacho en la resolución atacada, analiza desparramadamente el aviso de prensa, pero desafortunadamente olvida analizar el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 y sobre todo olvida analizar lo que significa Competencia Desleal de un comerciante hacia otro."

"Constituye competencia desleal todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales".

"Ese olvidado análisis constituye el principio básico de derecho para que posteriormente en la parte resolutive pueda entrar a condenar a un comerciante competidor desleal, por haber incurrido en actos o hechos constitutivos de competencia desleal realizados con fines concurrenciales."

"Para que la concurrencia desleal tenga lugar, es obligatorio que el acto produzca efectos jurídicos concretos, es decir que definitivamente se altere el comportamiento del mercado y tal alteración debe estar debidamente probada para llegar a señalarse a un comerciante como competidor desleal y consecencialmente aplicarle sanciones punitivas."

"El Despacho no puede olvidar que en materia de normas punitivas, como es el caso concreto de las normas reguladoras de la Competencia Desleal, la aplicación de tales normas es de carácter restrictivo, lo que significa, ni más ni menos, que en forma taxativa, la conducta desleal debe encuadrar dentro de la normatividad filosófica de la ley y dentro de la normatividad de la prohibición."

"En este caso concreto, no aparece en ningún análisis del acto administrativo cuáles fueron los efectos jurídicos concretos de alteración del mercado y ni si existe prueba o no de ello y como realmente no existe

Por la cual se resuelve un recurso

tal prueba, necesariamente tiene que entrar a exonerar de cualquier responsabilidad de la acusación recibida a la sociedad S.O. COLOMBIA."

"Como bien lo dice SIEGBERT RIPPE en su obra "La concurrencia Desleal" página 62.

"Medios de denigración

"a. Definición: La denigración supone apreciaciones o afirmaciones sobre la persona, productos o establecimientos de un concurrente, a las cuáles se les ha dado un cierto grado de difusión y que son idóneos para determinar el descrédito e influir en la orientación del consumidor. La denigración del concurrente por otro concurrente con un fin de concurrencia y capaz de afectar la clientela constituye un acto de concurrencia desleal. Si falta este elemento referente a la clientela, podrá constituir cualquier otra forma de ofensa personal con cierto tipo de represión, pero no concurrencia desleal".

"En el caso concreto del acto por el cual es acusado S.O. COLOMBIA y como quedará demostrado en el presente recurso, el aviso publicado en el periódico El Tiempo el día 30 de abril de 2002, la presunta denigración que hace S.O. COLOMBIA de DECORCINTAS no constituye concurrencia desleal, por cuanto ese acto no tuvo ninguna influencia en la orientación del consumidor de espumas florales en general, ya que únicamente estaba dirigido a sus propios consumidores, es decir a su propia clientela (pequeño, pero gran detalle para tener en cuenta)."

"CAPITULO SEGUNDO. EI AVISO DE PRENSA

"Su Despacho para demostrar que S.O. COLOMBIA incurrió en actos de descrédito sancionados en el artículo 12 de la Ley 256 de 1996, entra a hacer un minucioso, pero desafortunadamente no confiable análisis del aviso publicado en el tiempo el día 30 de abril de 2002, para subjetivamente cambiarle totalmente su sentido, con lo cual queda demostrado que en tal juzgamiento de tal aviso no existió imparcialidad objetiva."

"Por tanto es oportuno hacer un análisis del análisis de tal aviso." (sic)

"Primera parte del anuncio:

Su Despacho manifiesta:

"S. O. COLOMBIA (Antes Smithers Oasis Colombia) Fabricante de las Espumas Florales OASIS, NOVA y ULTRAFOAM PREVIENE A LOS CONSUMIDORES DE SUS PRODUCTOS "

"En la primera parte del anuncio, la sociedad que ordenó el aviso habla de sí misma y de sus productos lo cual no resulta relevante para el presente análisis".

"¿Qué no resulta relevante para el análisis esta primera parte del anuncio?"

"Nada más grave, ni nada más equivocado, pues dicha parte es la básica, la esencial y la sustancial para determinar la intención de la conducta de S.O COLOMBIA, para determinar su buena fe y para determinar y concluir que con tal conducta no tenía destinación de concurrencia desleal contra ninguna persona en particular, ni mucho menos contra la empresa DECORCINTAS."

"De acuerdo con la publicación, ¿quien es el sujeto activo?"

"La respuesta es que el sujeto activo o director de la conducta y específicamente director del aviso, es la sociedad S.O. COLOMBIA que antes se denominaba Smithers Oasis Colombia y que además es fabricante de las espumas florales identificadas con las marcas OASIS, NOVA, y UL TRAFOAM.

Por la cual se resuelve un recurso

“¿Quien o quienes son los sujetos pasivos?, es decir ¿quienes son los receptores de tal aviso?”

“Lo que es totalmente irrelevante para su Despacho, se constituye en la clave para las determinaciones que debe tomar, ya que si se lee el aviso con cuidado fácilmente encontrará que en forma especial y destacada tal aviso está dirigido a personas concretas y determinables como son los consumidores de los productos OASIS, NOVA, y ULTRAFOAM producidos por S.O. COLOMBIA. Es decir, que el aviso del día 30 de abril de 2002, publicado en el periódico El Tiempo, estaba dirigido única y exclusivamente a su propia clientela. Luego es una publicación con destino cerrado y excluyente.”

“¿Cómo puede predicarse intervención concurrencial desleal en un acto encaminado a advertir a su propia clientela (no a consumidores indiscriminados) sobre algunos hechos que estaban ocurriendo en el mercado y que podían llegar a afectar las relaciones comerciales entre S.O. COLOMBIA y su propia clientela?”

“En conclusión de esta primera parte del anuncio, resulta no ser cierta la afirmación de su Despacho que la sociedad S.O. COLOMBIA se limita a hablar de si misma y de sus productos, ignorando completamente que además y en forma relevante, destacada e importante se está dirigiendo a los consumidores de tales productos, es decir, ni más ni menos, que a su propia clientela”.

“Dicho en otras palabras, la parte olvidada por su Despacho es la clave central para determinar la conducta de S.O. COLOMBIA y tal conducta es rígida en cuanto a los sujetos pasivos y por tanto honesta y de buena fe.”

“Segunda parte del anuncio:

“Su Despacho manifiesta:

“Por cuanto personas inescrupulosas están fabricando y comercializando Espumas Florales de baja calidad.”

“En esta segunda parte, S.O. se refiere a terceras personas cuya identidad ni los productos que fabrican determina, pero sí califica como ‘inescrupulosas’ y en cuanto a los productos indica que se trata de ‘Espumas florales de baja calidad’.

“Estamos de acuerdo en que S.O. COLOMBIA no identificó a nadie en particular como “persona inescrupulosas” (sic) y mucho menos identificó a DECORCINTAS (ellos mismos se identificaron y de pronto tienen alguna razón para hacerlo) y expresamente manifestaron el por qué se calificó de inescrupulosas a tales personas y lo fue por el hecho de estar fabricando y comercializando espumas florales de baja calidad.”

“Pero es que el análisis no debe quedarse solamente aquí simple y llanamente, sino que es necesario comenzar a hilar o entrelazar cada una de las partes del anuncio que su Despacho va analizando.”

“Así que, cruzadas las dos partes analizadas tenemos que S.O COLOMBIA previene a su clientela de personas inescrupulosas que están fabricando y comercializando espumas florales de baja calidad.”

“Es necesario en el análisis de esa segunda parte adicionar la pregunta ¿y por qué los previene?”

“La respuesta es sencilla, porque necesita que su propia clientela se cuide de adquirir espuma floral de baja calidad, lo cual entre otras razones es sano que un comerciante determinado esté atento y vigilante de su propia clientela para que no sea engañada por personas inescrupulosas.”

“Tercera parte del anuncio:

Por la cual se resuelve un recurso

"Su Despacho manifiesta:

"y con violación de patentes cuyo titular es la sociedad S-O. COLOMBIA"

"En esta tercera parte aparece la copulativa "Y" que enlaza la indicación de la segunda parte del aviso a la tercera para predicar de aquellos que 'las personas inescrupulosas' a que se refirió en la segunda parte están incurriendo en 'violación de patentes' cuyo titular es la propia S.O."

"Esta tercera parte se descompone a su vez en dos, de donde resulta uniendo esta tercera parte con la anterior que personas inescrupulosas están violando patentes cuyo titular es S.O".

"No acabamos de entender la razón que lleva a su Despacho de separar esta tercera parte de la segunda parte, pues la frase contextual es completa en el sentido de que "personas inescrupulosas están fabricando y comercializando espumas florales de baja calidad y con violación de patentes cuyo titular es la sociedad S.O. COLOMBIA."

"Lo que afirma su Despacho, no es cierto en el sentido que el aviso expresa "personas inescrupulosas están violando patentes cuyo titular es S.O, COLOMBIA", ya que lo descontextualiza y contraría el propio análisis de su Despacho toda vez que la letra 'Y' es copulativa y no disyuntiva, es decir, que las personas inescrupulosas además de estar fabricando y comercializando (nótese que no es solamente fabricando que es el caso de Decorcintas), espumas florales de baja calidad, lo están haciendo con violación de patentes cuya titularidad corresponde a S.O. COLOMBIA."

"De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de Lengua, copulativa significa: "Que une palabras o cláusulas en concepto afirmativo", mientras que disyuntiva es la alternativa entre dos cosas por una de las cuales hay que optar."

"Su Despacho no obstante aceptar que se trata de una 'Y' copulativa termina dándole tratamiento de una 'Y' disyuntiva lo cual es una total contradicción gramatical."

"Así que el análisis que su Despacho hace a esta tercera parte del aviso, es incorrecto por incompleto y por ser contrario a la gramática Española."

"Continuando con el análisis del entrelazamiento tenemos que S.O. Colombia como titular de las marcas OASIS, NOVA y ULTRAFOAM previene a su propia clientela de personas inescrupulosas que al mismo tiempo que están fabricando y comercializando espumas florales de baja calidad lo están haciendo con violación de patentes cuya titularidad corresponde a la misma dicha empresa."

"No hay nada contra nadie en particular y solamente existe prevención de S.O. COLOMBIA a sus propios clientes."

"Cuarta parte del anuncio:"

"Su Despacho dice:

"Previa una invocación de la ley que resulta irrelevante para el análisis, el aviso indica a continuación:

"Hemos iniciado acciones legales tendientes a evitar la usurpación de nuestras patentes."

"En esta cuarta parte del anuncio se indica una acción propia, tendiente a un fin: Haber iniciado acciones legales para evitar la usurpación de sus propias patentes".

Por la cual se resuelve un recurso

"Para su Despacho invocar la ley es irrelevante, como si no fuera necesario invocar la ley cuando una persona le solicita a una autoridad administrativa o judicial la protección de sus derechos."

"Ahora ¿qué es irrelevante para su análisis?"

"No es irrelevante, ya que si no se invoca la ley no se puede garantizar la protección ni se puede garantizar la protección de los derechos (sic), y en este caso, la protección de los derechos garantizados con las patentes otorgadas a favor de S.O. COLOMBIA."

"Su Despacho continúa manifestando que en dicha cuarta parte del anuncio S.O. COLOMBIA está indicando una acción propia, tendiente a un fin. Ello es cierto, pero lo está analizado incompletamente, toda vez que es lícito indicar, aún indiscriminadamente, que se ha iniciado (sic) acciones legales para evitar la usurpación de sus propias patentes."

"El indicar que se ha iniciado (sic) acciones no significa que al mismo tiempo se está anunciando que dichas acciones se han terminado, sino que está enunciando una verdad del momento, que es el haber iniciado acciones legales para evitar la usurpación de patentes cuya titularidad corresponde a S.O. COLOMBIA."

"Entrelazando esta parte con la primera parte, pues existe una puntualización que lo permite, queda que "S.O. COLOMBIA previene a los consumidores de sus productos (aquí el término previene equivale a informa) que debidamente facultados por la ley ha iniciado las acciones legales para evitar la usurpación de sus patentes".

"De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, la cuarta acepción: prevenir 'advertir, informar o avisar a uno de una cosa.'"

"Quinta parte del aviso:"

"Su Despacho manifiesta:

"Acciones que consisten principalmente en el decreto de 'Medidas Cautelares'"

"En esta quinta parte del aviso, el aviso se limita a indicar el tipo de acciones que ha tomado."

"Estamos de acuerdo que S.O. COLOMBIA continúa previniendo o informando a sus propios consumidores que las acciones contra la usurpación de sus patentes, no solamente está protegiendo sus propios derechos sino que está protegiendo a los consumidores de 'sus productos', ya que es claro al afirmar 'público consumidor de nuestros productos'. Su Despacho no analiza dicha frase "el público consumidor de nuestros productos" y por tanto pierde el norte en su análisis."

"No es lo mismo darles información, aviso o prevenir "a sus propios consumidores "que a los consumidores en general" o "que a los consumidores de nuestra competencia".

"Sexta parte del aviso:"

"Su Despacho manifiesta:

"La sexta parte del aviso viene atada a la quinta, al indicar que las medidas indicadas en la quinta parte del aviso han sido expedidas":

"Expedido (sic) contra los violadores de nuestros derechos'"

Por la cual se resuelve un recurso

"Ahora bien, si unimos los apartes más relevantes del aviso, de su lectura resulta la siguiente indicación al unirlos en sentido contrario:

"Como consecuencia de las acciones iniciadas por S.O. se han decretado medidas cautelares contra personas inescrupulosas, violadoras de sus patentes, quienes fabrican y comercializan espumas florales de baja calidad".

"La anterior consideración es el resultado de las graves equivocaciones cometidas por su Despacho en el análisis del aviso, pues arbitrariamente le da un sentido contextualizado que no corresponde a la verdad del mismo, ya que olvida en forma total y, también en forma absurda la primera parte del aviso que es la que le otorga el total sentido conductual como ya quedó debidamente explicado."

"Su Despacho puede sintetizar el aviso, pero tal sintetización debe quedar totalmente contextualizado con la verdad real."

"S.O. COLOMBIA fabricante de espumas florales previene y avisa a los consumidores de sus productos que:

"1. Hay personas inescrupulosas fabricando y comercializando espumas de baja calidad."

"2. Que además lo están haciendo con violación de sus patentes."

"3. Que como consecuencia, está ejerciendo las acciones legales en protección de sus derechos y en protección de su clientela".

"Esta conclusión que sí es cierta y que sí corresponde a la realidad del aviso por que lo contextualiza de principio a fin, sin faltar a la verdad, corresponde a una prevención natural y normal de un fabricante de espumas florales a su clientela consumidora y por tanto, ni ataca, ni direcciona el aviso contra una empresa en particular y mucho menos contra Decorcintas."

"Aquí lo que pasa y su Despacho me perdonará la expresión popular es que: "Al que le caiga el guante que se lo chante".

"Siendo las cosas como son y habiendo aclarado la equivocación que tiene su Despacho en cuanto al destinatario del aviso, quedo relevado de referirme concretamente a punto por punto de los demás análisis que hace para llegar a la conclusión a la que llega, pero haré referencias globales en el siguiente capítulo."

"Lo que si no quiero pasar por alto, es que su Despacho acoge el alegato final formulado por Decorcintas como si el mismo constituyera una verdad de a puño y se solidariza con tal alegato para concluir que mi poderdante S.O. Colombia si es digno de la sanción punitiva que su Despacho descarga contra tal empresa, sanción que inevitablemente si se llegare a materializar en forma total y definitiva llevará a la quiebra a tal empresa con la perdida de considerables empleos y las arandelas laborales de tales empleados y además de paso, para continuar emparejado con su conclusión de que solo existen dos empresas de espumas florales, contribuyendo a la creación de un monopolio, práctica que su propio Despacho persigue."

"CAPITULO TERCERO ANALISIS DE LAS PRUEBAS

"En este capítulo demostraré, cómo también, con el material probatorio que su Despacho incurre en errores graves que hacen que la parte resolutive de la resolución No.18449 del 21 de junio de 2002 tenga conclusiones equivocadas."

Por la cual se resuelve un recurso

"Los análisis que hace de los testimonios no resultan completos ni atienden la totalidad de lo expuesto en tales testimonios, pues su Despacho no analiza el hecho muy importante que ninguno de los testigos conoció del aviso publicado por S.O. COLOMBIA el día 30 de abril de 2000 y por tanto, para tales personas, tal aviso se constituye en inocuo, es decir, sin ninguna consecuencia jurídica."

"Antes por el contrario a lo afirmado por el Despacho, con los testimonios rendidos por los diferentes testigos, lo que queda demostrado es que la supuesta concurrencia desleal nunca ocurrió, análisis que su Despacho deja de lado totalmente para centrarse en los puntos que subjetivamente considera comprometedores para S.O. COLOMBIA contra DECORCINTAS."

"También deja su Despacho de analizar que algunos de los testigos manifiestan conocer marcas diferentes de espumas mercadeadas por empresas distintas a S.O. COLOMBIA y DECORCINTAS."

"Los testimonios además cuentan con imprecisiones y contradicciones que lo único que demuestran es que son testimonios de carácter sospechosos (sic), ya que el lindamiento general que se obtiene como resultante de los mismos, es la de pretender favorecer a la sociedad DECORCINTAS."

"Si los testigos no conocieron el aviso de prensa y dicho aviso es el eje central de la supuesta actividad punitiva de S.O. COLOMBIA, mal puede dárseles a tales testimonios, la calidad de plena prueba como desafortunadamente lo hace su Despacho."

"En consecuencia lo que podría considerarse la prueba reina que es la prueba testimonial, queda totalmente desvirtuada ya que la misma no está centralizada en el aviso de prensa, sino en el número de sociedades y empresas que al momento de su testimonio existían en el mercado, o sea dos años después de publicado el mencionado aviso."

"CAPITULO CUARTO. CONTRADICCIONES CON EL INFORME PRELIMINAR y OTRAS CONSIDERACIONES DE INCONFORMIDAD.

"PRIMERO: A efectos de ahondar en la desvirtuación de los fundamentos de la resolución impugnada, sea lo primero señalar que en ésta se desconocen, entre otras, las precisiones que a continuación se mencionan contenidas en el "informe motivado" rendido por la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia con sujeción a lo dispuesta en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, informe en el cual se concluyó que la conducta que se investiga no contraría el artículo 12 (sobre actos de descrédito) de la ley 256 de 1996:

"1. "este Despacho acoge como cierta la afirmación del representante legal de S. O. Colombia en el sentido que en el mercado colombiano, existen otras marcas y productores o comercializadores diferentes a las sociedades denunciante y denunciada, toda vez que la misma se apoya en las pruebas documentales y muestras de productos que adjuntó en la diligencia". (Folio 6, párrafo 3, del informe motivado rendido por la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia)."

"2. "De acuerdo a las respuestas e información suministrada por la sociedad denunciada y considerando que al interior de la investigación se acreditó la presencia en el mercado de espumas florales provenientes de diversos productores (...) este despacho no encuentra como un acto desleal el hecho de la publicación efectuada, toda vez que en el mercado se encuentran diversos competidores y así, no puede predicarse del aviso publicado que este haga referencia a una prestación mercantil o a un establecimiento ajenos específicos, y tampoco aparece probado que tales afirmaciones resulten incorrectas o falsas y por ende, que tengan por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, toda vez que resultan ser exactas, verdaderas y pertinentes por las consideraciones que ya han sido consignadas" (Folios 7 y 8 ibídem)."

Por la cual se resuelve un recurso

"3. "las afirmaciones contenidas en los avisos motivo de cuestionamiento son afirmaciones referidas básicamente a un producto ofrecido en el mercado por diversos productores en las cuales, no se nombra a un comercializador específico, ni se lanza en su contra una afirmación que pueda considerarse una aseveración incorrecta o falsa".

"En consecuencia, la afirmación contenida en el aviso motivo de investigación, no es violatoria de la norma incoada por cuanto no aparece demostrado dentro de la investigación que no sea exacta, verdadera y pertinente".

"Concordante con lo expuesto, este Despacho no encuentra probado que en forma alguna la denunciada hubiese cometido tipo alguno de actos de descrédito con la reunión de los presupuestos establecidos en la norma". (Folio 8 ibídem).

"SEGUNDO: El Despacho ha omitido considerar pruebas determinantes que reposan en el expediente, y en particular la consignada en el estudio de investigación de mercados de la firma Asesores Mercadeo de Cali (citada en la nota de pié de página número "13" que aparece en el folio 7 del informe motivado rendido por la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia), investigación efectuada en el mes de octubre del año 2000, en el cual se observa claramente y se ilustra con tablas gráficas que: (i) la gente compra el producto fabricado por S.O. Colombia por su excelente calidad y el producto de Decorcintas, por su bajo precio, y (ii) que ninguno de los mayoristas dice haber aumentado o disminuido su volumen de compra por los citados avisos de prensa, además de que ni siquiera hacen alusión a esos avisos de prensa."

"TERCERO: Aunque en principio fuere cierto que en el "mensaje consignado en el aviso ordenado por S.O. Colombia", hubiere un sujeto determinable (como se afirma en la resolución impugnada), más cierto es aún que ese sujeto sería determinable pero dentro del proceso de marras, al interior de éste, no en el mercado, que es una condición sine qua non, además de otras, para que el acto sea constitutivo de competencia desleal. En este sentido se desprende del artículo 2 de la ley 256 de 1996, en cuya parte pertinente se dispone: "Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen (sic) en el mercado y con fines concurrenciales".

"CUARTO: De otro lado, es de recordar que los "actos de descrédito" son definidos en el artículo 12 de la ley 256 de 1996 como "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". (Las negrillas son ajenas al texto original).

"En el asunto sub judice la información publicada en el periódico El Tiempo de 30 de abril de 2000, es exacta, verdadera y pertinente, por las siguientes razones:

Es (fue) exacta y verdadera porque:

1. Es cierto que personas inescrupulosas fabricaban y comercializaban en esa época Espumas Florales de baja calidad y con violación de la patente denominada 'SISTEMA DE MOLDEO PARA ESPUMADO', cuyo titular es S-O COLOMBIA LTDA;"

"2. Es cierto que la sociedad S.O. COLOMBIA LTDA, debidamente facultada por la ley, inició acciones legales tendientes a evitar la usurpación de sus patentes; y

"Es (fue) pertinente porque con dicha información no se estaba desacreditando a ningún competidor en particular. Se trató de una información de carácter general sobre la noticia de un proceso en curso (como lo suelen reportar, motu proprio, varios diarios y medios de comunicación en el país y en el resto del mundo sin que por ello se incurra en actos de competencia desleal), con el ítem de que en el asunto sub judice

Por la cual se resuelve un recurso

nunca se mencionó a una persona o empresa en particular, ni el nombre de la empresa o de las empresas contra las cuales se había iniciado el proceso referido, en cual, dicho sea de paso, las medidas cautelares fueron revocadas, pero no por razones de fondo sino de forma, concretamente porque el ad quem (Tribunal Superior de Bogotá) estimó que en las declaraciones allegadas como prueba sumaria de la usurpación no se indicó la razón de la ciencia del dicho de los declarantes ni se indicaron las circunstancias que sirvieron para establecer su personalidad y otros aspectos de orden similar.

"Si, en gracia de discusión, se estableciere que tanto al interior del proceso, como en el mercado, y ante todo en el eventual mercado con fines concurrenciales, dichas indicaciones y aseveraciones se dirigieron en concreto contra la sociedad DECORACIONES y CINTAS LTDA 'DECORCINTAS', no alcanzarían en todo caso a constituir actos de descrédito, por haber sido exactas, verdaderas y pertinentes.

"QUINTO: Aunque es un hecho que alude a aspectos de forma (no de fondo), pero que de todas formas tiene incidencia en la decisión a tomar, el Despacho no puede perder de vista que la denuncia que dio lugar al presente proceso adolece de falta de pretensiones (según se puso de presente al Despacho con y desde el escrito de respuesta a la misma), lo que de por sí constituye una razón válida y suficiente para que la decisión deba ser inhibitoria.

CAPÍTULO QUINTO. PETICIÓN DE NUEVAS PRUEBAS

"Atendiendo al Código Contencioso Administrativo sobre la posibilidad de pedir pruebas dentro de la interposición de recursos, me permito que se tengan y se practiquen como pruebas las siguientes:

"a. El texto completo y uniforme del aviso publicado por S.O. COLOMBIA en el periódico El Tiempo de fecha 30 de abril de 2000."

"b. Los siguientes estudios realizados por la firma ASESORES & INVESTIGACIÓN DE MERCADOS, para lo cual adjunto certificado expedido por el señor ARAMANDO (sic) JARAMILLO LONDOÑO, quien puede recibir notificaciones en la Carrera 60 No.11-66 de la ciudad de Cali, Valle."

"1. Monitoreo del desempeño Espuma Floral en BUCARAMANGA y CUCUT A en diciembre de 1999"

"2. Monitoreo del desempeño Espuma Floral en CALI, VALLE en enero de 2000."

"3. Monitoreo del desempeño Espuma Floral en Medellín, Antioquia en enero de 2000."

"4. Monitoreo del desempeño Espuma Floral en PASTO e IPIALES en febrero de 2000"

"5. Monitoreo del desempeño Espuma Floral en el VIEJO CALDAS en marzo de 2000."

"Los estudios fueron realizados en el periodo comprendido entre noviembre de 1999 y octubre de 2000 y donde queda demostrado que para la fecha que fue publicado el aviso 30 de abril de 2000, si existieron otras empresas distintas a DECORCINTAS y S.O. COLOMBIA, con otras marcas".

"c. Los siguientes documentos contables que demuestran que el comportamiento de compra de los señores testigos ha permanecido igual antes y después de rendir su testimonio".

"1. Relación de facturas de venta a la señora CARMENZA ROA en el periodo comprendido entre abril de 1999 y diciembre de 2000."

"2. Relación de facturas de venta a la señora NOHORA CADENA en el periodo comprendido entre mayo de 1999 y noviembre de 2000."

Por la cual se resuelve un recurso

"3. Relación de facturas de venta al señor AUGUSTO MONTOYA en el periodo comprendido entre septiembre de 2000 y octubre de 2000."

"Ruego a su Despacho se sirva practicar por comisionado Inspección Judicial en los libros de contabilidad de S.O. COLOMBIA para ratificar las pruebas aportadas."

"d. Copia de la resolución No.1291 del 4 de junio de 1990 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio que demuestra la calidad de los productos de S.O. COLOMBIA, aquí hago anotar que DECORCINTAS carece de Certificado de Calidad de sus productos."

"e. Peritación de Entidad Oficial."

"Con fundamento en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil¹, y con el fin de demostrar que es cierto que la sociedad DECORACIONES Y CINTAS LTDA "DECORCINTAS", en forma inescrupulosa incurrió en violación de patentes de propiedad de la firma S-O COLOMBIA LTDA, solicito al Despacho que, a mi costa, se ordene a la División de Nuevas Creaciones, o a cualquiera de las entidades o dependencias oficiales que dispongan de personal autorizado para el efecto, rendir, en el término que el Despacho señale, previa visita a las instalaciones de las empresas S.O COLOMBIA LTDA y DECORACIONES Y CINTAS LTDA "DECORCINTAS" y con base en el análisis de las pruebas que reposan en el expediente, un dictamen sobre los siguientes aspectos:

1. Si la espuma floral producida por la sociedad DECORACIONES Y CINTAS LTDA "DECORCINTAS" es fabricada mediante transgresión de las patentes denominadas (i) PROCESO PARA PRODUCIR ESPUMA TERMOESTABLE HIDROPONICA CON BASE EN RESINA FENOL-FORMALDEHIDO (concedida el 4 de diciembre de 1992, según resolución No.4198 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio) y (ii) SISTEMA DE MOLDEO PARA ESPUMADO (concedida el 15 de julio del año 1995, según resolución No.1760 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio), patentes de las cuales es titular la sociedad S.O. COLOMBIA LTDA.

2. En caso afirmativo, indicar el alcance y los términos en que han sido violados los derechos concedidos por las patentes mencionadas."

"Para la rendición del citado dictamen, los funcionarios designados al efecto estarán autorizados para visitar tanto las dependencias de la sociedad S. O COLOMBIA LTDA, situadas en la carrera 32 No.10-127 de Yumbo, Valle, o en la dirección que se indique el día de la práctica de la visita, como de la sociedad DECORACIONES Y CINTAS LTDA "DECORCINTAS", situadas en la carrera 7 No.9-41 Sur de Bogotá, o en lugar donde la segunda de las empresas mencionadas esté produciendo o tenga establecida la planta de producción de espuma floral."

CAPITULO SEXTO. CONCLUSIONES

"Se puede concluir que S.O. COLOMBIA LTDA está exonerado de cualquier imputación de actos de competencia desleal por concurrencia, teniendo en cuenta:

a. Que la parte demandante olvido incluir pretensiones en la demanda."

"b. Que el aviso publicado el 30 de abril de 2000 por S.O. COLOMBIA tiene sujeto activo determinado y sujetos pasivos, también determinados y concretos, los cuales son los consumidores de los productos de

¹ C. P. C.- Art.- 243.- "Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos ... sobre hechos de interés para el proceso.... a la policía judicial ... y en general a entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado ..." "También podrá el juez utilizar los servicios de dichas entidades y dependencias oficiales, para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas..." (inciso 3 del citado artículo).

Por la cual se resuelve un recurso

S.O. COLOMBIA. *Buscar sujeto pasivo diferente y especialmente manifestar que dicho sujeto pasivo es DECORCINTAS es absurdo por ser contrario al sentido claro y expreso del aviso.*

"c. Que su despacho aún si quiere ahondar en búsqueda de la verdad debe practicar las pruebas solicitadas."

"d. De todas formas y mírese como se mire, no puede haber competencia desleal concurrencial si el mercado al cual están dirigidos los actos competitivos no sufre ninguna clase de modificación."

"V RECURSO DE APELACIÓN SUBSIDIARIO

"En forma subsidiaria interpongo recurso de apelación con carácter jurisdiccional y por tanto solicito a su Despacho que en caso de no revocar la resolución atacada, se sirva enviar la totalidad de las diligencias a la autoridad judicial competente."

SEGUNDO: De acuerdo con lo contemplado en el artículo 59 del código contencioso administrativo, se resolverán todas las cuestiones planteadas y las que surgen con ocasión del recurso, siguiendo para ello el orden en que fueron presentadas.

2.1. El artículo 7 de la ley de competencia Desleal. Efecto y objeto de la conducta

Expresa su inconformidad el recurrente manifestando que no se analizó el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 y aduciendo que para que se pueda sancionar por hechos constitutivos de competencia desleal se requiere que éstos hayan sido realizados con fines concurrenciales para lo cual, a su juicio, es obligatorio *"que el acto produzca efectos jurídicos concretos, es decir, que se altere el comportamiento del mercado"* y que la alteración se encuentre probada, manifestando que no se observan los efectos jurídicos concretos de alteración del mercado ni si existe prueba o no de ello, para concluir en que no existiendo tal prueba necesariamente debe exonerarse de responsabilidad a la sociedad investigada.

Conviene recordar que para efectos de la aplicación de la ley de competencia desleal es necesario determinar que el hecho presuntamente desleal tuvo una finalidad concurrencial, finalidad ésta sobre la cual aquí no cabe duda toda vez que el hecho materia de investigación, consistente en la publicación de un aviso en un diario de amplia circulación nacional, el cual no es excluyente y claramente se dirige al mercado, resulta ser objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación de quien lo realiza. Por lo anterior resulta equivocada la tesis esbozada por el recurrente según el cual para que se dé la concurrencialidad es obligatorio *"que se altere el comportamiento del mercado"*. Tal alteración equivale al "efecto" de la conducta, efecto que no es necesario demostrar para que se pueda sancionar.

En cuanto a los demás argumentos del recurrente, diremos, en primer lugar, que el marco fáctico y normativo de la presente investigación quedó delimitado en la resolución de apertura. En ésta se dispuso abrir investigación por los presuntos actos de descrédito de que trata el artículo 12 de la ley 256 de 1996 y por tanto a ésta y no a otras conductas, se referirá la presente resolución.

En cuanto a que las conductas de competencia desleal necesitan un efecto jurídico para su perfeccionamiento, hay que recordarle al recurrente que las conductas de competencia desleal, pueden ser juzgadas tanto por su objeto como por su efecto. Es el caso del artículo 12 de la ley 256 de 1996 en el que se lee: también se considera desleal cualquier otro tipo de "práctica que tenga por objeto desacreditar" la actividad, las prestaciones, el establecimiento, o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En consecuencia, no es cierto, como equivocadamente parece entenderlo la parte recurrente, que se requiera haber sufrido un descrédito y demostrarlo para que se configure la infracción y pueda sancionarse, pues para ello basta con encontrar probado el objeto de la práctica.

Por la cual se resuelve un recurso

La aplicación de la ley no se limita a aquellos actos que calificados como desleales tengan como **efecto** el descrédito, sino que la citada ley reprime incluso el potencial de daño de la conducta desleal, entendido este potencial como **objeto** del acto. Por ello, no se requiere la demostración de que se ha presentado una alteración del mercado² a causa de la conducta investigada, para que se pueda sancionar este tipo de conducta.

De lo anterior se concluye que tanto puede incurrirse en competencia desleal con ocasión de un acto consumado, evidenciado tanto en un daño efectivo y el cual es materializado como un descrédito³, como con la conducta que aunque no llegó a tener efecto, tuvo la capacidad o potencialidad de ocasionar tal daño. Ello es lo que se entiende por objeto.

Por ende, para determinar la infracción de la ley por actos de descrédito no se requiere de la comprobación del efecto. Basta simplemente con la determinación de la autoría y de la realización de la práctica así como que la misma tiene la potencialidad⁴ de ocasionar un descrédito, para que tal conducta califique como desleal.

En el curso de la presente investigación se determinó la realización y la autoría de la conducta por parte de la sociedad S.O. Colombia Ltda., consistente en la publicación del aviso cuestionado por Decorcintas y el cual apareció en la página 2 A del diario El Tiempo el día 30 de abril de 2000. Igualmente se determinó la potencialidad de la conducta para ocasionar un descrédito respecto de la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de Decorcintas. Un aviso publicado en un periódico como es el caso del aviso aparecido en El Tiempo, no tiene la posibilidad de ser excluyente ni de circulación cerrada como lo pretende el recurrente aduciendo que se dirigía a su propia clientela, pues se trata de un periódico de circulación general y en el caso específico, de uno de amplia circulación. Por otra parte, no se comprobó que la afirmación⁵ plasmada en el citado aviso y referida a la calidad de las espumas florales fuese exacta, verdadera y pertinente. Lo anterior permite concluir que en la presente actuación sí resultó demostrado el objeto de la conducta desleal de descrédito por parte de S.O. Colombia Ltda.

2.2. El Aviso publicado

Por las consideraciones anteriores no comparte este Despacho la conclusión del recurrente en cuanto a que el aviso de marras no tuvo ninguna influencia en la orientación del consumidor de espumas florales en general pues únicamente estaba dirigido a los propios consumidores de S.O. Colombia, toda vez que lo que aquí ha sido objeto de juzgamiento no es si hubo o no "intención" en el agente de llegar a unos u otros destinatarios, sino la potencialidad del daño que se pudo ocasionar con la conducta.

Un aviso publicado en las circunstancias que aquí se presentan, en un periódico de amplia circulación, no puede ser considerado de circulación cerrada ni excluyente. El simple hecho de haber efectuado la publicación del aviso que se cuestiona en un diario de circulación nacional, no deja lugar a dudas en cuanto a la potencialidad de llegar a un extenso número de lectores, entre ellos sin duda, algunos de quienes para aquel entonces podían haber sido consumidores actuales o potenciales de los productos de Decorcintas y quienes al menos potencialmente estuvieron sometidos a la influencia del contenido del aviso, con independencia de que hubieran sido o no clientes de S.O. Colombia para la época y pese al encabezado del aviso según el cual dicha sociedad "previene a los consumidores de sus productos (...)".

A todas luces un aviso publicado en esas circunstancias y a pesar del encabezado mencionado, llega no solo a un elevado sino a un indiscriminado número de lectores, independientemente de que fueran o no para la época de la publicación, consumidores de los productos del patrocinante del aviso. Por ello no

² Efecto.

³ De "la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero."

⁴ Objeto

⁵ "(...) personas inescrupulosas están fabricando y comercializando espumas florales de baja calidad y con violación de patentes (...)"

Por la cual se resuelve un recurso

coincidimos con el argumento del recurrente en cuanto a que se trataba de una "publicación con destino cerrado y excluyente" de ser así, por qué no se envió una carta dirigida a los destinatarios concretos a los que supuestamente se pretendía informar? De ahí que esta resulta ser una conclusión contraria con la realidad.

2.2.1 Contenido del aviso

De otro lado, cuestiona el recurrente el análisis efectuado en la resolución impugnada respecto del aviso en torno al cual gira la investigación, procediendo a realizar su propio análisis para efectos de "determinar la intención de la conducta de S.O. Colombia", así como que tal conducta no tenía destinación de concurrencia desleal contra ninguna persona en particular.

Para el Despacho, no está demostrado que el denunciado no tuviera la intención de desacreditar a Decorcintas, por el contrario el contenido mismo del aviso desvirtúa tal tesis, tal y como se analizó en la decisión que hoy se impugna y como lo veremos a lo largo de este fallo.

Refiriéndose al análisis de la publicación realizado por este Despacho el recurrente señala que a su juicio no debe separarse en el análisis la tercera de la segunda parte del aviso pues la frase es completa en el sentido que "personas inescrupulosas están fabricando y comercializando espumas florales de baja calidad y con violación de patentes cuyo titular es sociedad S.O. Colombia".

En cuanto a las disquisiciones que hace el recurrente respecto de que la "y" en el texto del aviso sea disyuntiva o copulativa, argumento que consideramos distractor, solo cabe expresar que no observamos ninguna contradicción entre la conclusión que se hace en la resolución y la que resultaría de lo expuesto por el recurrente. No vemos que con ello se altere en nada la conclusión a que se llega como consecuencia de la lectura del aviso y la cual no es otra que la que el mismo recurrente expresa en los siguientes términos: *"que las personas inescrupulosas además de estar fabricando y comercializando espumas florales de baja calidad, lo están haciendo con violación de patentes cuya titularidad corresponde a S.O. Colombia."*

La conclusión a la que llega el recurrente y de la que no discrepamos, refuerza otra: La de que el mensaje del aviso consiste en advertir, aunque sin enunciar su nombre, que las personas inescrupulosas que están fabricando y comercializando espumas florales de baja calidad con violación de patentes cuya titular es S.O. Colombia, no son otras que el propio Decorcintas, sociedad esta contra la cual apenas unas pocas semanas antes de la publicación había adelantado y obtenido el recurrente resolución favorable de medidas cautelares, efectuado lo cual dispuso la publicación del aviso.

Nótese que la conclusión no varía en cuanto que el aviso predica de las personas a quienes califica como inescrupulosas, que éstos están fabricando y comercializando espumas florales, de las que afirma son "de baja calidad" y además, que lo hacen con violación de patentes. El punto central es si las espumas son o no de baja calidad.

Aduce el recurrente que no hay nada contra nadie en particular en el aviso, conclusión ésta que no podemos compartir no solo por las razones ya expuestas sino por las que veremos a continuación.

Respecto de las consideraciones que hace S.O. Colombia en cuanto a que en el aviso publicado se estaba anunciando una verdad del momento, "haber iniciado acciones legales para evitar la usurpación de patentes cuya titularidad corresponde a S.O. Colombia" cabe precisar que ello no es aspecto cuestionado por este Despacho y por ende no cabe abrir la discusión sobre este particular. Valga recordar que el punto central de la investigación consistió en determinar si el aviso publicado por S. O. Colombia se dirigía o no en contra de Decorcintas y si las espumas florales producidas por dicha sociedad eran o no de baja calidad. Otros aspectos mencionados por el recurrente debido a que no han sido objeto de cuestionamiento por esta Superintendencia se consideran distractores y no son discutibles.

Por la cual se resuelve un recurso

Para concluir, puede afirmarse que básicamente el argumento central del recurso consiste en que la primera parte del aviso es determinante para el análisis y conclusiones del aviso en general, esto es, aquel aparte donde se señala: "S.O. Colombia (Antes Smithers-Oasis Colombia) Fabricante de las Espumas Florales Oasis, Nova y Ultrafoam previene a los consumidores de sus productos (...)". Afirma el recurrente que tal aviso consiste en una prevención natural que un fabricante de espumas florales hace a su clientela y que no ataca ni direcciona el aviso contra una empresa en particular y mucho menos contra Decorcintas.

Reiteramos que, ya en apartes anteriores de esta providencia se efectuaron algunas consideraciones respecto del por qué la presencia o no de intencionalidad en el agente, es ajena tanto en cuanto a la determinación del efecto como del objeto de la conducta en materia de competencia desleal y ello nos releva aquí de repetirlas. Sin embargo en aras de la mayor claridad queremos precisar de manera muy puntual que con independencia de que la "intención" que hubiere acompañado a la sociedad investigada era exclusivamente la de advertir a sus propios clientes, el conducto utilizado para ello evidentemente permitía que la publicación llegara por un medio masivo y de manera indiscriminada a todo aquel actual o potencial consumidor de los productos producidos por Decorcintas. De otra parte, cobra mayor relevancia este aspecto, si consideramos que desde el punto de vista de la oferta, el mercado de las espumas florales en Colombia es sumamente reducido, dado que tradicionalmente no han hecho presencia en dicho mercado un alto número de oferentes del producto, así que por encima del análisis de la intencionalidad se establece que no puede excluirse como "sujeto pasivo" del aviso a ninguno de los productores y comercializadores de espuma floral en el país y en consecuencia resulta válido considerar que entre los perjudicados se incluye Decorcintas.

Sin embargo, tal como quedó explicado en la resolución recurrida, resulta claro que las afirmaciones contenidas en el aviso motivo de cuestionamiento en las que si bien no se nombra a un comercializador específico, sí aluden a la sociedad Decorcintas.

Como soporte de esta conclusión existen dos antecedentes: Primero, estaba de por medio un proceso de medidas cautelares promovido por S.O. en contra de Decorcintas, cuya decisión en primera instancia se había proferido en marzo 8 de 2000, esto es, apenas unos días antes de la publicación del aviso en abril 30 de 2000. En segundo lugar la manifestación del representante de la investigada quien en su declaración expresó que: "*La compañía sacó en su momento un segundo aviso de prensa una vez obtuvo una providencia de medidas cautelares que había sido interpuesta por S.O. Colombia a Decorcintas Ltda.*". (las subrayas no hacen parte del texto original).

La expresión "toda vez" es a nuestro juicio, una ratificación clara de la orientación del aviso hacia Decorcintas. Fue en contra de Decorcintas en contra de quien S.O. Colombia solicitó unas medidas cautelares, una vez obtenido lo cual se ordenó la publicación del aviso en el cual hacía referencia a personas inescrupulosas que con violación de patentes producían espumas de baja calidad, luego aunque sin nombrarla directamente, el aviso publicado sí hacía una clara alusión hacia Decorcintas. Por tanto, el predicado del aviso de que personas inescrupulosas estaban produciendo espumas florales de baja calidad, se reputa de la sociedad Decorcintas.

De acuerdo con lo expuesto, no queda duda en cuanto a que el fabricante y comercializador de "espumas florales de baja calidad" mencionado en el aviso, no era otro que la sociedad Decorcintas Ltda.

Aporta S.O. Colombia copia de la resolución 1291 de 1990 según el cual la espuma floral Nova y Oasis producida por Fenólicos obtuvo en 1990 el certificado de calidad e idoneidad según resolución de esta Superintendencia con una vigencia de diez (10) años, lo cual si bien sustenta la calidad de dichos productos por el término de vigencia de la resolución, no comprueba ni demuestra que el producto espuma floral producida por Decorcintas sea un producto de baja calidad y por tanto tal predicado no resulta exacto, verdadero y pertinente.

Por la cual se resuelve un recurso

En conclusión, que un producto valga menos que otro producto equivalente no demuestra su mala calidad. Por esto no puede válidamente predicarse que la prueba de la buena calidad de los productos de Fenólicos ó S.O. Colombia, compruebe la baja calidad de los productos elaborados por Decorcintas. Ello, con independencia de que existieran o no otras marcas de espuma floral en el país para la época de publicación del aviso en cuestión, aspecto este que pretende demostrar la recurrente con un estudio de Asesores & Investigación de Mercados sobre monitoreo de espuma floral en distintas ciudades del país, el cual, por lo expuesto resulta irrelevante dado lo categórico de la conclusión anotada debido a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la publicación del aviso (apenas unas semanas después de haber obtenido S.O. Colombia una decisión favorable en torno a las medidas cautelares solicitadas en contra de Decorcintas). Lo anterior evidencia el hecho que el aviso se refería a Decorcintas, aunque sin mencionarlo expresamente.

2.3. Análisis de las pruebas

Manifiesta el recurrente que la providencia objeto del recurso incurre en errores respecto del análisis de la prueba por lo cual se llega a conclusiones equivocadas.

En primer lugar expresa su inconformidad por cuanto no se analizó el hecho de que ninguno de los testigos conoció del aviso publicado por S.O. Colombia el 30 de abril de 2000 y por tanto que para tales personas el aviso es inocuo y sin consecuencias. En segundo lugar refiere el recurrente que algunos testigos manifestaron conocer marcas diferentes de espumas mercadeadas por empresas distintas a S.O. Colombia y Decorcintas y por último se afirma que los testimonios tienen imprecisiones y contradicciones, son de carácter sospechoso y tienen un lineamiento general para favorecer a Decorcintas.

Adicionalmente aporta ahora el recurrente algunas facturas con el objeto de corroborar que "el comportamiento de compra de los señores testigos ha permanecido igual antes y después de rendir su testimonio".

Al respecto, debemos advertir que tales pruebas resultan ser irrelevantes toda vez que se repite, el hecho que dio lugar a la determinación de la conducta considerada desleal fue la potencialidad dañina de la conducta desplegada por el agente infractor, con independencia de que se hubiera producido un efectivo descrédito entre los consumidores.

Este despacho no acoge ninguno de los argumentos formulados por la recurrente con respecto al análisis de las pruebas en la resolución objeto de este pronunciamiento.

De una parte, por cuanto se desestima lo argüido en cuanto a lo inocuo del aviso frente a las consideraciones ya expresadas sobre la potencialidad de daño del mismo. Como se señaló, el aviso publicado era susceptible de llegar a un número indeterminado de lectores, muchos de los cuales habrían podido haber resultado ser clientes actuales o potenciales de Decorcintas.

El argumento según el cual otras marcas diferentes de las producidas por las sociedades denunciante y denunciada fueron mencionadas en las diligencias de testimonios y declaraciones practicadas, e incluso la mención que se hace de algunas marcas como Musgo y Lelly⁶ en los cuestionarios de la investigación de mercados adelantada por la compañía Asesores & Investigación que ahora aporta el recurrente, resulta irrelevante en cuanto a la determinación de la potencialidad dañina de la conducta investigada, pues aún, en gracia de discusión, de hallarse evidencia de la presencia en el mercado de otras marcas producidas por otros fabricantes, ello no incidiría sobre el fondo del asunto estando demostrado que una vez se obtuvo la decisión sobre las medidas cautelares en contra de Decorcintas se dispuso por parte de S.O. Colombia la publicación del aviso tantas veces mencionado, tal como fue reconocido por el representante legal de dicha sociedad en su declaración.

⁶ Según constancias en el expediente, Musgo producida por Fabripor y Cia. Ltda. y Lelly por la Corporación Lelly de Venezuela.

Por la cual se resuelve un recurso

En este aspecto, el Despacho considera en primer lugar, que no existe contradicción entre los testimonios ya que los mismos se valoraron de una manera general y en segundo lugar, por cuanto no señala el recurrente a cuales contradicciones se refiere.

2.4. Contradicciones con el informe preliminar y otros motivos de inconformidad expresados por el recurrente

Señala la sociedad S.O. Colombia aquí recurrente que en la resolución objeto de impugnación se desconocen precisiones del informe motivado que relaciona y que básicamente atienden todas a un mismo aspecto, este es, la presencia en el mercado colombiano de marcas y productores o comercializadores diferentes a las sociedades denunciante y denunciada de donde no podía predicarse del aviso que este hiciera referencia a una prestación mercantil o establecimiento ajeno específico.

Sea lo primero advertir aquí que el informe motivado no obliga a la Superintendente y que las conclusiones y recomendaciones que allí se consignen pueden o no ser acogidas por el Despacho al momento de resolver la investigación según el Decreto 2153 de 1992. En segundo lugar conviene precisar si bien es cierto como el informe motivado lo señala, que hubo en el mercado colombiano presencia de otras marcas y se tienen constancias de la presencia en el pasado de productores o comercializadores diferentes a las sociedades denunciante y denunciada en el mercado, también es cierto, no se consideró que tal presencia en épocas anteriores correspondiera o se mantuviera en una fecha cercana a la de publicación del aviso y por ello se desestimó al momento de proferirse la resolución.

Ahora bien, como se explicó en el punto anterior, la mención de las espumas florales Mussgo y Lelly producidas por terceros en los documentos aportados S.O. Colombia con su recurso⁷, de todos modos no desvirtúa la determinación de la potencialidad dañina de la conducta investigada, pues aún en gracia de discusión y de aceptarse como un hecho comprobado la presencia en el mercado de otras marcas producidas por otros fabricantes diferentes de S.O. Colombia y Decorcintas para la época de publicación del aviso, ello no incidiría sobre el fondo del asunto y en particular que el aviso publicado estaba dirigido en contra de Decorcintas, al haber quedado establecido que una vez se obtuvo la decisión sobre las medidas cautelares en contra de Decorcintas, S.O. Colombia dispuso la publicación del aviso en cuestión. Tal comportamiento no deja dudas en cuanto hacia quién se dirigía el texto del aviso.

Por otra parte argumenta el recurrente que el estudio de la firma Asesores & Investigación de Mercados de la firma Asesores de Mercadeo de Cali que reposa en la investigación es determinante para comprobar que la gente compra el producto de S.O. Colombia por su excelente calidad y el producto de Decorcintas por su bajo precio y demuestra que ninguno de los mayoristas aumentó o disminuyó su volumen de compra por los citados avisos de prensa, debido a que ello apunta a demostrar que no se dio el efecto de la conducta, aspecto este que no resulta determinante toda vez que como ya ha sido ampliamente explicado, la conducta se cumple por objeto debido a su potencialidad de daño, en este caso, repetimos, el hecho de asociar el menor valor de un producto a la mala o buena calidad del mismo .

Se muestra en desacuerdo el impugnante en cuanto a que en el mensaje consignado en el aviso ordenado por S.O. Colombia hubiera un sujeto determinable, manifestando que de ser ello cierto en principio lo sería "pero dentro del proceso de marras" al interior de este y no en el mercado lo cual es a su juicio condición sine qua non para que el acto sea constitutivo de competencia desleal.

No es clara la afirmación que hace el recurrente en cuanto que el sujeto determinable del aviso lo sería en el "proceso de marras" y no en el mercado. Sin embargo, si de lo que se trata es de insinuar que el sujeto del aviso sería determinable únicamente al interior de la investigación por competencia desleal más no en el mercado, debemos manifestar que discrepamos de tal argumento debido a que por las circunstancias

⁷ Ver nota anterior. Estudios de investigación de mercados elaborados por la compañía Asesores & Investigación.

Por la cual se resuelve un recurso

mismas de la publicación del aviso, la fecha de tal publicación y el antecedente de las medidas cautelares promovidas por S.O. Colombia en contra de Decorcintas, todo ello coadyuva en identificar sin mayor dificultad, que la persona de quien el aviso da cuenta de estar fabricando espuma floral de baja calidad y con violación de patentes, no es otra que Decorcintas. Este aviso como quedó explicado fue objeto de publicación en un medio de amplia divulgación y por tanto susceptible de ocasionar efectos potenciales o reales sobre el mercado.

También manifiesta S.O. Colombia que la información publicada en el aviso aparecido en el diario El Tiempo del 30 de abril de 200 es exacta, verdadera y pertinente y aduce que tal información fue pertinente por cuanto con ella no se estaba desacreditando a ningún competidor en particular, que se trató de una información de carácter general en donde nunca se mencionó a una persona o empresa en particular, ni el nombre de la empresa o de las empresas contra las cuales se había iniciado el proceso referido y que, de haberlo sido, no alcanzarían a constituir actos de descrédito por haber sido exactas, verdaderas y pertinentes.

Sobre este punto es del caso recordar como atrás se consignó, que en el curso de la investigación se estableció que el aviso en cuestión sí estuvo dirigido en contra de Decorcintas⁸, que S.O. Colombia dispuso su publicación al momento de obtener decisión respecto de las medidas cautelares solicitadas en contra de Decorcintas y de otro lado, que no aparece comprobado dentro de la actuación que las espumas florales fabricadas por Decorcintas sean espumas florales de baja calidad. Así las cosas, tal afirmación, no resulta ser exacta verdadera y pertinente tal como lo señala la ley de competencia desleal.

En cuanto la denuncia manifiesta el recurrente que ésta adolece de falta de pretensiones refiriéndose a sus aspectos de forma, conclusión ésta de la que discrepamos por las razones que se anotan a continuación.

En primer lugar es necesario recordar que en las investigaciones por competencia desleal que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio debe seguirse el mismo procedimiento previsto en materia de investigaciones por prácticas comerciales restrictivas señalado en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. De igual modo señala este mismo artículo 52 que en lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

Debido a que en el Decreto 2153 de 1992 no se prevén los requisitos que debe contener la solicitud de investigación por actos de competencia desleal debemos remitirnos entonces al artículo 5 del mencionado Código Contencioso Administrativo referente al derecho de petición en interés general y así, encontramos que el escrito presentado por Decorcintas⁹ sí se ajusta a los requisitos previstos por el citado artículo 5, por lo que desestimamos el argumento del recurrente.

En conclusión, resulta evidente que aunque el escrito de denuncia no discrimina en un capítulo o aparte las pretensiones propiamente como tales, sí se indicó el objeto del escrito al tenor de lo señalado por el artículo 5 del C.C.A. de donde no se observan en el mismo los vicios de forma a que alude el recurrente.

2.5. Petición de nuevas pruebas

Estimamos parcialmente improcedente la solicitud formulada por S.O. Colombia invocando el Código Contencioso Administrativo para que se tengan y se practiquen nuevas pruebas con la interposición del recurso debido a que el artículo 56 del código en mención señala que los recursos de reposición y apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerse este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio. Esta es la regla y en consecuencia, en el trámite del recurso de reposición no hay un término para la práctica de pruebas. Por tanto, no procede decretar la inspección judicial solicitada sobre los libros de S.O.

⁸ Declaración del representante de S.O. Colombia.

⁹ Expresamente manifestó el denunciante su deseo de "instaurar una queja contra la empresa S.O. Colombia por el hecho (sic) de competencia desleal consagrado en los artículos 1° y ss. de la Ley 256 de 1996".

Por la cual se resuelve un recurso

Colombia como tampoco el dictamen pericial de entidad oficial previa visita a las instalaciones de S.O. Colombia Ltda. y Decorcintas Ltda. según el cuestionario que acompaña por cuanto la práctica de pruebas no corresponde a esta instancia conforme con lo dicho. Independientemente de esta consideración, tales pruebas no son pertinentes, toda vez que buscan probar que Decorcintas incurrió en violación de patentes, aspecto que no ha sido controvertido por este Despacho.

Con el escrito del recurso fueron aportadas algunas pruebas documentales a las cuales ya nos referimos en apartes anteriores y que no logran desvirtuar el contenido de la resolución 18449 de 2002. Tales pruebas son, el texto del aviso publicado por S.O. Colombia en el periódico El Tiempo de fecha 30 de abril de 2000, los estudios realizados por la firma Asesores & Investigación de Mercados, las facturas de venta a los señores Augusto Montoya, Carmenza Roa y Nohora Cadena y la copia de la resolución 1291 del 4 de junio de 1990 por la cual se concede el registro de calidad e idoneidad al producto Espuma floral Nova y Oasis por el término de 10 años.

TERCERO: El recurso de apelación

El recurso de apelación solo procede contra la decisión final adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. Las partes podrán interponer este recurso en los términos del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil.

El Doctor Jorge E. Vera Vargas obrando como apoderado especial de la sociedad S. O. Colombia Ltda., interpuso recurso de apelación contra la decisión contenida en la resolución 18449 de 2002, mediante la cual esta Superintendencia decidió una investigación por competencia desleal e impuso una multa. Dicho recurso se resolverá en la oportunidad procesal correspondiente.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Facultades administrativas

1. La Superintendente de Industria y Comercio en uso de sus facultades administrativas CONFIRMA en todo la decisión contenida en la resolución 18449 de 2002 y en especial lo dispuesto en el artículo cuarto de la misma.
2. Notifíquese el contenido de la presente resolución personalmente o en su defecto mediante edicto, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al Doctor Jorge E. Vera Vargas en su condición de apoderado de la sociedad S.O. Colombia Ltda., así como a la Doctora Sonia Patricia Mosquera Guerrero, como apoderada de Decorcintas Ltda., entregándoles copia de la misma e informándoles que contra ella no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa.

ARTÍCULO SEGUNDO: Facultades jurisdiccionales

1. La Superintendente de Industria y Comercio en uso de sus facultades jurisdiccionales CONFIRMA en todo la decisión contenida en la resolución 18449 de 2002 y en especial lo dispuesto en los artículos primero y segundo de la misma.
2. Notifíquese el contenido de la presente decisión jurisdiccional, personalmente o en su defecto mediante edicto, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al Doctor Jorge E. Vera Vargas en su condición de apoderado de la sociedad S.O. Colombia Ltda., así como a la Doctora Sonia Patricia Mosquera Guerrero, como apoderada de Decorcintas Ltda., entregándoles copia de la misma e informándoles que contra esta decisión jurisdiccional procede el

Por la cual se resuelve un recurso

recurso de apelación, interpuesto por escrito y con presentación personal, mediante apoderado debidamente acreditado, ante el Superintendente de Industria y Comercio para ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en el acto de la notificación o dentro de los tres (3) días siguientes a la misma.

- 3. Ordénase el archivo de la presente investigación una vez quede en firme la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **25 SET. 2002**

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

Mónica Murcia Páez
MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificación:

Doctor
JORGE E. VERA VARGAS
 cc. 17.150.455
 Apoderado especial
 S. O. COLOMBIA LTDA.
 Calle 70 A N° 11 - 43
 Bogotá D.C.

Doctora
SONIA PATRICIA MOSQUERA GUERRERO
 cc. 31.292.457
 Apoderado especial
 DECORACIONES Y CINTAS LTDA. DECORCINTAS
 Carrera 7 N° 9 - 41 Sur
 Bogotá D.C.

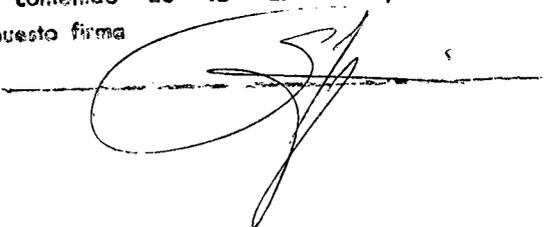
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a _____

23 OCT 2002

Notifiqué personalmente al Dr. Juan B. Aguero

El contenido de la anterior providencia que
apuesto firma



SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a _____

22 OCT. 2002

Notifiqué personalmente al Dr. _____

El contenido de la anterior providencia que
apuesto firma



JORGE E. VERA VARGAS
C. C. 17150455
I. P. 12122