



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Radicación No. 01061111 **RESOLUCIÓN NÚMERO 38874 DE 2002**
(**29 NOV. 2002**)

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
En uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el número 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, mediante resolución número 38293 del 26 de noviembre de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia abrió una investigación por presuntos actos de competencia desleal, para determinar si las conductas realizadas por el señor Gerardo León Contreras, propietario del establecimiento de comercio "Vestidos D'Gerard" eran contrarias a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 256 de 1996.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, se notificó la apertura de investigación y se corrió traslado al investigado para que aportara y solicitara pruebas. La parte denunciante "Vestidos D'Calidad", solicitó pruebas, siendo decretadas por la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante actos administrativos números 0106111-00010000/100010001 y 01061111-0001005/00010006, aportadas dentro del término.

TERCERO: Una vez culminada la etapa probatoria, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia proferió el informe motivado que contiene el resultado de la investigación, el cual fue a su vez trasladado para que las partes manifestaran sus opiniones tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, mediante oficios 01061111-00020000/00020001 del 30 de mayo de 2002.

1. La parte denunciada

No presentó opiniones ni explicaciones finales.

2. La parte denunciante

No presentó opiniones ni explicaciones finales.

CUARTO: Habiéndose evacuado adecuadamente todas las etapas del proceso, este Despacho decide el caso en los siguientes términos:

1 Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

En el artículo 143 de la Ley 446 de 1998 se dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y

"Por la cual se decide una investigación por competencia desleal"

prácticas comerciales restrictivas, incluida la que tiene en el número 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 sobre las sanciones contempladas en los números 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia.

Atendiendo lo previsto en el artículo 144 de la Ley 446 de 1998, en las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes.

Según lo contemplado en el artículo 147 de la precitada ley, concordante con el artículo 58 de la Ley 510 de 1999, la decisión de la Superintendencia en materia de competencia desleal tendrá el carácter de cosa juzgada y ésta o el juez competente conocerán a prevención de estos asuntos.

La denuncia que generó nuestra actividad se refiere a actos de competencia desleal que no han sido puestos a consideración de los Jueces de la República, por ello la decisión corresponde a esta Entidad.

2 Aspectos generales

Según la ley de competencia desleal, para efectos de su aplicación es necesario que se cumplan unos presupuestos especiales. Uno objetivo consistente en que el acto o la conducta se realice en el mercado y con fines concurrenciales, es decir, que se refiera a actos o conductas objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación de un agente en el mercado¹. Otro subjetivo, por el cual se exige que el sujeto pasivo sea un comerciante o al menos un partícipe dentro de un mercado². Y otro territorial, según el cual el acto investigado debe estar llamado a tener efectos en el territorio nacional.³

2.1 Ámbitos subjetivo y territorial de aplicación

Se cumplen los supuestos contemplados en los artículos 3 y 4 de la Ley 256 de 1996, en la medida que el señor Gerardo León Contreras, ejerce el comercio a través de su establecimiento de comercio "Vestidos D'Gerard" en el cual desarrolla actividades relacionadas con la venta de ropa formal para hombre.

En cuanto al presupuesto territorial, se encuentran en el expediente pruebas suficientes para demostrar que los hechos investigados se ejecutaron en el territorio nacional y los efectos de dichas conductas se reflejaron en el mercado interno.

2.2 Ámbito objetivo de aplicación

Según lo señalado en el artículo 2 de la Ley 256 de 1996, los comportamientos serán considerados desleales siempre y cuando se realicen con finalidad concurrencial, la que existirá cuando el acto "por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero".

Los motivos por los cuales se abrió la investigación implicarían que el propietario del establecimiento de comercio "Vestidos D'Gerard" copió la presentación y el logotipo de los establecimientos de comercio, "D'Calidad".

3 Conductas que se investigan

Como resultado de la investigación realizada los hechos respecto de los cuales habrá que resolver son:

1 Artículo 2 de la Ley 256 de 1996.

2 Artículo 3 de la Ley 256 de 1996.

3 Artículo 4 de la Ley 256 de 1996.

"Por la cual se decide una investigación por competencia desleal"

Mediante comunicación radicada en esta Entidad bajo el número 01061111 de fecha 27 julio de 2001, el señor Darío Cárdenas Torres, presentó denuncia ante esta Superintendencia contra Gerardo León Contreras, por la presunta comisión de actos de competencia desleal.

3.1 Hechos denunciados

La parte denunciada afirma que el señor Gerardo León Contreras ubicó un establecimiento de comercio llamado "Vestidos D'Gerard" en cercanías de uno de su propiedad llamado "Vestidos D'Calidad", con idénticos colores, copiando de manera casi idéntica el logotipo y decorando, con el fin de desviar la clientela.

Afirma también el denunciante, que su establecimiento ubicado en el barrio El Restrepo lleva 15 años de reconocimiento comercial y que en los almacenes de su propiedad ha recibido múltiples quejas de clientes que adquieren productos en los almacenes D'Gerard asumiendo que son sucursales de D'Calidad.

4 Actos de Confusión

Según el artículo 10 de la ley 256 de 1996, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Para la tipificación de esta conducta es necesario primero establecer los elementos de la norma, para así proceder a su adecuación.

- Conducta que tenga por objeto o efecto crear confusión.

La confusión no se encuentra definida en la ley, por tanto se hace necesario entender la expresión en su sentido natural⁴. Un análisis lógico de la palabra, nos permite considerar la confusión, como un juicio equivocado que una persona tiene sobre un hecho o una percepción ajena a la realidad sobre una situación particular. El diccionario entiende por confusión: *"La reunión de cosas inconexas. Desorden, falta de orden. Falta de claridad: confusión de ideas, de argumentos. Acción de tomar una cosa por equivocación; error"* ⁵.

El objeto o efecto requerido en la norma, como quedó indicado, señala que no sólo el resultado denominado confusión, sino la mera potencialidad de producirla, son supuestos válidos para considerar la acción realizada como desleal. No se requiere que ambas concurren simultáneamente para la materialización de la conducta. Basta que se pruebe el objeto (potencialidad - riesgo) o el efecto (resultado) independientemente, para que la conducta sea calificada como desleal, de encontrarse probada.

La posibilidad que brinda la norma de sancionar la mera potencialidad, ha sido criterio general en la mayoría de la doctrina, que al hablar del objeto, se refiere a la confundibilidad.

"(...) lo relevante no es propiamente la confusión, sino el peligro de determinante, lo que se conoce como "confundibilidad". No es preciso que la confusión haya tenido lugar, sino que basta la posibilidad o riesgo de producción, aunque todavía ni uno solo de los consumidores se haya confundido. La calificación de

⁴ Artículo 28 Código Civil: *" Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su sentido legal"*.

⁵ Larousse Diccionario De la Lengua Española Esencial, México, 1994.

"Por la cual se decide una investigación por competencia desleal"

desleal, no exige probar la efectiva producción de la confusión, es suficiente acreditar la aptitud de la imitación para confundir.(...)6. (Subrayas fuera del texto).

Vista la conducta por objeto o por efecto, en ambos casos, lo que verdaderamente se busca es proteger al consumidor quien se forma o podría formarse, por las conductas que realiza un agente, un juicio errado o una idea falsa sobre la actividad, la prestación o el establecimiento que prefiere. De allí que puede predicarse que bajo esta conducta denominada "actos de confusión", en el caso de la utilización de un signo distintivo similar al de otro, por ejemplo, no se reprime la confusión que causa el signo imitado respecto del otro, sino que se reprime el efecto potencial o materializado de confundir al consumidor, por poner en peligro su espontáneo entendimiento o juicio sobre lo que conoce, o efectivamente causarle ese juicio errado. De tal suerte que lo que se busca evitar en el caso que se cita, no es la confusión entre dos signos, sino que el consumidor no se confunda o no pueda confundirse.

Sin embargo, es obvio que no toda conducta tiene la capacidad de generar un juicio errado, contrario sobre una cosa o hecho. Por ello, es necesario tener en cuenta que la conducta debe tener el carácter, la magnitud o potencialidad de generar error. De hacer que el receptor elija una cosa, piense en una cosa, o haga una cosa distinta de la verdadera. De allí que haya un efecto desorientador en el consumidor, en el cliente o en cualquier participante del mercado.

Pero no basta la posibilidad que tiene el acto de confundir; se hace imperante que el sujeto pasivo o receptor de la maquinación sea vulnerable, capaz o susceptible de desorientar.

De acuerdo con este elemento de la norma, tanto la potencialidad de causar la confusión como el resultado, es decir la confusión patente, son supuestos válidos para considerar una acción como desleal. Independientemente que se presente uno o el otro, la conducta será calificada como desleal.

- La confusión debe recaer sobre: La actividad ajena o sobre las prestaciones mercantiles o sobre el establecimiento ajeno.

La partícula - o - es disyuntiva, es decir, no es necesaria la concurrencia de los tres bienes tutelados simultáneamente. La concurrencia de uno solo es suficiente para que la norma se tipifique, bien por objeto o bien por efecto. En otras palabras, la confusión podrá predicarse cuando la conducta tenga por objeto o efecto crear confusión en uno de ellos o en todos.

(...) Existe confusión directa o inmediata cuando el consumidor, debido a la identidad o gran similitud de las prestaciones,⁷ considera que se trata del mismo signo distintivo (v. Gr., Philips - Philip); paralelamente en materia de creaciones materiales hay confusión directa o inmediata cuando, debido a la identidad o gran similitud de las prestaciones, considera que se trata de la misma mercancía. (...) (Las subrayas fuera de texto) ⁸.

- Crear confusión sobre la actividad ajena;

En el caso que nos ocupa la tipificación de esta norma no se presenta, veamos:

- Conducta que tenga como objeto

⁶ PORTELLANO, reseña de MENÉNDEZ, Aurelio, La Competencia Desleal, Civitas., Madrid, 1988. (Subrayas fuera de texto).

⁷ ART. 5 ley 256 de 1996. *Concepto de Prestaciones Mercantiles. Las prestaciones mercantiles pueden consistir en actos y operaciones de los participantes en el mercado, relacionados con la entrega de bienes y mercancías, la prestación de servicios o el cumplimiento de hechos positivos o negativos, susceptibles de apreciación pecuniaria que se constituyen en la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico.*

⁸ Supra 20

"Por la cual se decide una investigación por competencia desleal"

- En cuanto al objeto de la conducta:

Se entiende que el objeto de la conducta del denunciante, es obtener el aprovechamiento de la clientela ajena, por medio de métodos que creen confusión en ellos, en cuanto al origen de los productos y de los establecimientos.

Es claro para este Despacho, que no hubo la intención de crear confusión en la clientela, ya que el nombre y logotipo del establecimiento de comercio "Vestidos D'Gerard", como el mismo denunciado lo expresa al preguntársele de las circunstancias que lo motivaron a elegir el diseño de las enseñas, afirmó: "Por lo que era mas o menos parecido al nombre mío, el cuadro lo saque por la d'g"⁹ Analizando la anterior respuesta, se observa, como el objeto no era crear confusión con los establecimientos de comercio vestidos "D'Calidad", sino personalizar sus propios almacenes. Esta prueba tienen total mérito para la Superintendencia de Industria y Comercio, no sólo por no haber sido tachada de sospechosa sino porque lo dicho tiene plena fuerza al no haber sido controvertido por la contraparte quien no participó en el interrogatorio de parte del señor Gerardo León Contreras y no contraprobó que la intención de éste si era crear dicha confusión.

Los testimonios de los señores Mario Ricardo¹⁰, Jairo Enrique Herrera León¹¹ y de Alejandro Sarmiento¹² fueron tachados de sospecha por el señor abogado de la parte denunciada. El Despacho recibió estos testimonios ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina han manifestado que la tacha de sospecha sobre un testigo no impide al juez la recepción del respectivo testimonio, solo que lo afirmado por éste, será apreciado en la valoración y oportunidad procesal pertinentes con una mayor severidad.

Adicionalmente, las respuestas dadas al Despacho en los interrogatorios practicados permitieron al Despacho concluir, no habiendo prueba que contradijera lo ya expresado por quienes concurrieron a tales interrogatorios, que en efecto la conducta desplegada por la denunciante no habido generado ni puesto en riesgo de confusión a la denunciante respecto de su actividad, prestaciones o establecimiento.

- En cuanto a los efectos de la conducta:

Los efectos que debe haber en un acto de confusión deben ser debidamente probados, se entiende que estos efectos son visibles y palpables, que sean demostrados en la etapa probatoria, y que sean capaces de generar en la clientela, una confusión en cuanto a la procedencia de las actividades, los productos y establecimientos de comercio.

- Vale la pena aclarar, que en este caso, no hay pruebas suficientes que indiquen la existencia de efectos derivados de la conducta del denunciado, en cuanto a la confusión de la clientela de los dos establecimientos de comercio. Los testimonios realizados, no le dieron indicios claros a este Despacho para poder concluir que en realidad existieron dichos efectos.

Se aportaron fotografías, facturas de venta y tarjetas de presentación de los establecimientos de comercio "Vestidos D'Calidad" y "Vestidos D'Gerard", además de una bolsa de plástico con la enseña comercial del primer establecimiento de comercio. Con estas pruebas, a concepto del Despacho no se ve cómo las presentaciones de estos establecimientos de comercio, las facturas y en general el diseño de las enseñas pueden llegar a generar confusión entre los clientes. Para dar mayor claridad, se analizarán los logotipos de los respectivos almacenes a continuación:

9 Interrogatorio de parte del señor Gerardo León Contreras, de fecha 15 de mayo de 2002.

10 Testimonio del señor Mario Ricardo, de fecha 14 de mayo de 2002.

11 Testimonio del señor Jairo Enrique Herrera León, de fecha 15 de mayo de 2002.

12 Testimonio del señor Alejandro Sarmiento, de fecha 15 de mayo de 2002.

"Por la cual se decide una investigación por competencia desleal"



- El logotipo de D'Calidad tiene la palabra "vestidos" en la parte inferior del logotipo y aparece en letras negras, mientras el logotipo de D'Gerard tiene la misma palabra pero en la parte superior en letras blancas y encerrada en un cuadro rojo.

- El logotipo de D'Calidad no está enmarcado totalmente por un recuadro, mientras el de D'Gerard sí.

- El logotipo de D'Calidad tiene las letras d y c en color blanco y están encerradas en un cuadro rojo, mientras el logotipo de D'Gerard tiene las letras d y g en rojo y encerradas por un cuadro negro.

- Por último, al desagregar el logotipo D'Calidad, las últimas letras de la palabra calidad, esto es "alidad" están en color negro, mientras que al hacer la misma desagregación las letras restantes del logotipo de D'Gerard, es decir, "erard" están en color blanco.

Para el Despacho es claro, que si bien los colores utilizados por el denunciado, son los mismos que los utilizados por el denunciante, no están distribuidos de la misma manera; además, los logotipos utilizados por los establecimientos de comercio no son idénticos, y los clientes pueden diferenciar un almacén del otro, ya que éstos destacan las características de cada uno de ellos.

Los testimonios recepcionados coinciden en afirmar que son conocidos ambos establecimientos de comercio, así como también sus propietarios y su objeto comercial. Lo que no se demostró fue la supuesta confusión existente entre los establecimientos de comercio o de los demás bienes jurídicamente tutelados ya que por parte de los testigos no hubo la suficiente claridad en el tema, como tampoco el señalamiento de casos específicos de clientes potenciales o permanentes del establecimiento de comercio "Vestidos D'Calidad".

En efecto, uno de los objetivos de los participantes en el mercado es diferenciarse de los demás competidores, de tal forma que los consumidores distingan claramente los productos o servicios ofrecidos por cada uno de ellos. En el presente caso, la distinción que debe existir entre las partes es suficiente

"Por la cual se decide una investigación por competencia desleal"

para que un consumidor pueda determinar el origen de cada uno de los productos que adquiere, ya que como se vio en el análisis de las pruebas, tanto la comparación de los logotipos como lo dicho en los testimonios, muestra la clara diferencia existente y la carencia de la confusión o del riesgo de la misma entre los clientes existentes y potenciales de los establecimientos de comercio.

• Crear confusión

La confusión requerida por la norma no se encuentra tipificada para este caso. Los hechos probados en la presente investigación no comportan por si mismos ni siquiera un riesgo de confusión para el público, más aún si se tiene en cuenta la diferenciación en el nombre comercial de los dos establecimientos comerciales.

Debe señalarse que para poder determinar la existencia de la conducta desleal objeto de estudio, lo que debe valorarse es si los productos o servicios prestados tanto por la empresa denunciada como por la empresa denunciante, son susceptibles de ser confundidos entre sí.

Es necesario advertir que según la regla técnica de la carga de la prueba, son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y es por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial¹³.

En el caso *sub examine*, no fue posible determinar la existencia de un riesgo de confusión para el público teniendo en cuenta que dentro del expediente, no se encuentra probada la falta de diferenciación entre los establecimientos comerciales objeto de estudio.

No obstante ser permitida la oficiosidad en el decreto y práctica de las pruebas -artículo 180 CPC-, es lo cierto que prevalece la regla según la cual "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"¹⁴, pues nadie mejor que los interesados para conocer los medios de prueba que deben emplear con el fin de demostrar los hechos que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No habiendo sido probados tales supuestos de hecho, en este orden de ideas, este Despacho considera que la conducta desplegada por la denunciada, no cumple con los supuestos normativos requeridos por el artículo 10 en mención.

- Confusión sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimiento ajenos

En el presente caso, de la inexistencia de la conducta por objeto y como efecto, necesariamente se infiere la inexistencia de la conducta con respecto de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento del denunciante.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Facultades administrativas

13 López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Pruebas. Dupre Editores, Bogotá. 2001. Página 26.

14 Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

"Por la cual se decide una investigación por competencia desleal"

- 1 La Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de sus facultades administrativas, declara que con las conductas objeto de investigación, el señor Gerardo León Contreras, propietario del establecimiento de comercio "Vestidos D'Gerard", no infringió el artículo 10 de la Ley 256 de 1996.
- 2 En consecuencia ordena el archivo de la investigación.

PARAGRAFO PRIMERO: Notifíquese el contenido de la presente resolución personalmente y, en su defecto, por edicto, de conformidad con lo normado en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al señor Gerardo León Contreras, denunciado en la presente investigación, y al señor Darío Cárdenas Torres, denunciante, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma procede el recurso de reposición interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

ARTÍCULO SEGUNDO. Facultades jurisdiccionales

1. La Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de sus facultades jurisdiccionales, declara que con las conductas objeto de investigación, el señor Gerardo León Contreras, propietario del establecimiento de comercio "Vestidos D'Gerard", no infringió el artículo 10 de la Ley 256 de 1996.
2. En consecuencia, ordena el archivo de la investigación.

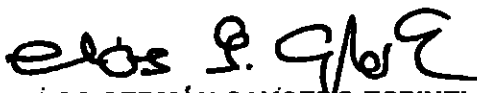
PARAGRAFO PRIMERO: Notifíquese el contenido de la presente resolución personalmente y en su defecto por edicto de conformidad con lo normado en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al señor Gerardo León Contreras, denunciado en la presente investigación, y al señor Darío Cárdenas Torres, denunciante, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma procede los siguientes recursos:

1. Recurso de reposición, interpuesto por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la misma.
2. Recurso de apelación interpuesto por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la misma

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a 29 NOV. 2002

El Superintendente de Industria y Comercio (E),


CARLOS GERMÁN CAYCEDO ESPINEL

"Por la cual se decide una investigación por competencia desleal"

Notificaciones:

Señor
GERARDO LEON CONTRERAS
C. C. No. 12'192.703 de Bogotá
Propietario del establecimiento de comercio
VESTIDOS D'GERARD
Carrera 19 No. 15 -22 sur
Bogotá, D.C.

Señor
DARÍO CÁRDENAS TORRES
C. C. No. 19'387.716 de Bogotá
Propietario del establecimiento de comercio
VESTIDOS D'CALIDAD
Carrera 18 No. 15 -03 sur
Bogotá, D.C.

C:/Misdocumentos/cbohorquez/misdocumentos/resoluciones/resolución D'Calidad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL.

Certifica que la resolución 38874 de fecha 29/11/2002

fue notificada mediante edicto número 76193

brado el 30/12/2002 y desahogado el 14/01/2003