



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 00392 DE 2002

(22 ENE. 2002)

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (e)

En uso de sus atribuciones legales, en especial las consagradas en el numeral 24 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante escrito radicado bajo número 98071752-00140007 del 26 de noviembre de 2001, la doctora MARIA LILIANA GUTIERREZ MEJIA, en su condición de apoderada de la sociedad BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA.; dentro del término legal y con el lleno de los requisitos de ley, interpuso recurso de reposición contra la Resolución número 33102 del 5 de octubre de 2001, mediante la cual este Despacho declaró terminada una investigación, fundamentándose de la siguiente manera:

"FALLO EXTRA PETITA

Carlos Enrique Robles Mejía

De la manera más respetuosa procedo a manifestar que se considera que en este punto se presenta Error Judicial Inexcusable por parte de la Superintendencia por extralimitación en el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales.

La denuncia para la investigación por Competencia Desleal, fue presentada por BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., en contra de la persona jurídica BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A., y NO en contra de BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A. y del señor CARLOS ENRIQUE ROBLES MEJIA.

Al presentar la denuncia, dentro de la relación de HECHOS, puntualmente en el hecho 71, se indicó claramente:

"71. Mi mandante la sociedad BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., ha decidido iniciar las acciones sociales y judiciales pertinentes, entre otras ante la Justicia Civil del Circuito de Santa fé de Bogotá, para la protección de su Nombre Comercial por haberlo usado por primera vez y en ese ramo de los negocios, y como persona natural la acción en contra de CARLOS ENRIQUE ROBLES MEJIA, por el incumplimiento del contrato social cuando era socio y administrador de BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA". (El resalte es mío)

La Acción Social de Responsabilidad, establecida en el Artículo 25 de la Ley 222 de 1995, fue instaurada para que la Justicia Civil, establezca a través del análisis de los medios probatorios, si las actuaciones desplegadas por el señor Carlos Enrique Robles Mejía, siendo representante legal, socio y gerente de BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., se ajustaban o

“Por la cual se resuelve un recurso”

no a la ley, al contrato social y entre otras cosas, si se había dado o no cabal cumplimiento, a lo preceptuado en el Artículo 23 de la mencionada ley, que reza:

“Los administradores deberán obrar de buena fé, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad teniendo en cuenta los intereses de los asociados. En el cumplimiento de su función los Administradores deberán: “Numeral 7: Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de interés!. salvo autorización expresa de la Junta de Socios o Asamblea General de Accionista”. (el resalte es mío).

Se reitera, está última acción fue presentada con anterioridad a la Denuncia de Competencia Desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio, y se encuentra en trámite en el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Cali, por ser la Jurisdicción Civil la competente para esta clase de proceso, en el cual figura como demandado única y exclusivamente el señor Carlos Enrique Robles Mejía. En el mencionado proceso, Acción Social de Responsabilidad, se investigan las actuaciones del señor Robles, en un periodo en que actuó como socio, gerente y representante legal de BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., durante la época en que coincidieron dichas calidades al mismo tiempo, con las ejercidas en BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A. , que desarrollan idéntico objeto social, lo cual implicaría la existencia de conflicto de intereses.

En la denuncia ante su Despacho, por Competencia Desleal contra BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A., se citó en innumerables apartes al señor Carlos Enrique Robles Mejía, por detentar éste, al inicio de esta investigación la calidad de representante legal de la sociedad Denunciada, y por ser menester, para el desarrollo de los hechos de la denuncia, presentar la secuencia de los mismos.

Las circunstancias de modo, tiempo y lugar, además de los elementos probatorios presentados para poder determinar la responsabilidad del Señor Carlos Enrique Robles Mejía, en el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Cali, aunque en algunos casos son similares para probar las conductas narradas, no son de la cuerda procesal de la denuncia por Competencia Desleal contra BAÑOMOVIL DE COLOMBIA S.A.

Observamos puntualmente que en el Informe Motivado, que nos fuera puesto a consideración, y sobre el cual presentamos nuestras observaciones en su oportunidad, en ningún momento se indicó o denotó que se estaba investigando, también por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, la conducta como persona natural del señor Carlos Enrique Robles, lo que reiteramos, no se solicitó (sic) en la denuncia ni se ordenó (sic) por parte de esta entidad en otras providencias y que extrañamente ha efectuado esta Superintendencia al proferir esta última providencia (Resolución No .33102 de Octubre 5 de 2001).

Adicionalmente la Resolución de Apertura de Investigación No. 203 del 13 de Enero de 1999, nunca se indicó que se investigaría la conducta del señor Carlos Enrique Robles Mejía, como persona natural, si ello hubiere sido así se hubiera generado un grave error pues dicha providencia, no era susceptible de recurso alguno.

PREJUDICIALIDAD

Acción de Protección del Uso del Nombre

"Por la cual se resuelve un recurso"

La norma de Competencia Desleal, por actos de confusión es clara al establecer: "...se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno".

La Superintendencia sobre este punto considera que no existe confusión, y puntualmente sobre los nombres comerciales establece que no son potencialmente confundibles, que son fácilmente diferenciables pues contienen Términos diferenciadores y particularizantes, y que para determinar la confusión se requirió de un análisis de confundibilidad, considerando además, que la confusión está estrechamente vinculada con el derecho que se tiene a los signos distintivos y especialmente al derecho marcario.

Concluyen después de su análisis que la expresión "bañomovil" es de uso corriente, indiscriminado y se presentan con el mismo significado que tienen dentro del contexto social, en nuestro país, que los vocablos que conforman el nombre se conciben como términos de uso genérico.

Por ultimo concluyen:

"Todo lo anterior viene a significar que no puede haber uso exclusivo de denominaciones de carácter genérico que designen o describan de modo común o usual los productos o servicios de que se trate".

La función de esta Superintendencia con respeto a Competencia Desleal por confusión es establecer la utilización o ejecución de medios o sistemas que tuvieren la potencialidad real para confundir.

Pero, en esta instancia y proceso **NO ES FUNCION**, no está facultada la Superintendencia de Industria y Comercio, para entrar a determinar si se vulnera o no lo establecido en el artículo 607 del Código de Comercio, pues ello hace parte de la órbita de otro proceso, de una acción diferente. No es la instancia para que la Superintendencia, sin cumplir el procedimiento establecido y profundo, que se merecería el registro de un nombre comercial o de una marca, dicte dogmas o se pronuncie sobre la conformación del nombre, su derecho al uso y la protección del mismo.

Como en un principio se informó, se accionó para la **Protección del Uso del Nombre Comercial**, interponiéndose con anterioridad a esta denuncia por Competencia Desleal, que cursa actualmente en el Juzgado Décimo (10) Civil del Circuito de Cali, por violación de los siguientes artículos:

Artículo 603 del Código de Comercio: "Los derechos sobre el nombre comercial se adquieren por el primer uso, sin necesidad de registro, no obstante, puede solicitarse su depósito si la solicitud reúne los requisitos de forma establecidos para el registro de las marcas se ordenará la concesión del certificado de depósito y se publicará. "

Artículo 607 del Código de Comercio: "Se prohíbe a terceros el empleo de un nombre comercial o de una Marca de productos o de servicios, que sea igual o similar a un nombre comercial va usado para el mismo ramo de negocios salvo cuando las modificaciones que eviten se trata de un nombre que por ley le corresponda a una persona, caso en el cual deberán hacerse toda confusión que a primera vista pudiera presentarse". (resalte fuera de texto)

"Por la cual se resuelve un recurso"

Las acciones, Competencia Desleal, y la Acción para la Protección del Uso del Nombre Comercial, buscan la protección de derechos tutelados diferentes. Como lo indica Delio Gómez Leyva, autor citado por la Superintendencia, en la providencia en estudio, en su libro "De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica, Pág. 293. 1998", al decir:

"Por ello, la diferencia entre las dos acciones, puede concretarse en relación con

1. Origen: La Acción de competencia desleal tiene su origen en el ejercicio del derecho de competir, solo que alguien la ejerce incorrectamente. La acción basada en el derecho de Propiedad Industrial no surge del ejercicio de un derecho, sino de la lesión de éste.
2. Su finalidad: La competencia desleal se orienta fundamentalmente a que cese la ejecución de la conducta desleal, la de propiedad industrial, a rescatar el derecho usurpado.
3. El Derecho Tutelado: En la competencia desleal se tutela el derecho de competir de cada empresario frente a los demás empresarios que estén en posibilidad de ser sus competidores. El derecho de propiedad es erga omnes, la exclusividad es frente a todos.
4. La acción. El competir es llevar a cabo el poder reconocido como derecho subjetivo, lo cual implica un deber jurídico para todo competidor de contrarrestar aquella acción de manera leal, el no hacerlo da lugar a una acción personal; por el contrario, en la lesión de derechos inherente a la propiedad industrial, su tutela se logra mediante la acción real."

La gravedad de la extralimitación de la Superintendencia recae principalmente en el hecho, de que la providencia que hoy se impugna, si no es modificada, teniendo en cuenta que según el texto de la misma constituye **Cosa Juzgada** generaría un conflicto judicial, e impediría la continuación de actuaciones legalmente adelantadas en otras instancia judiciales, e iniciadas con anterioridad, lo que podría configurar un presunto desvío de poder o abuso de autoridad, por parte de la Superintendencia, quien como Autoridad Administrativa actúa con puntuales facultades jurisdiccionales para el conocimiento de Competencia Desleal y, aunque es competente para procesos de Propiedad Industrial, dicha acción se tramita actualmente en otra instancia judicial.

Nos preguntamos entonces:

1. Era menester de la Superintendencia, con el fin de establecer si se podían confundir o no los nombres, hacer un pronunciamiento categórico sobre el derecho al nombre, pronunciamiento que es de la órbita de la acción del proceso de Propiedad Industrial
2. Si ello es así, no habría que esperarse y atenerse al fallo de la autoridad competente para el conocimiento de dicho proceso, Juzgado Décimo (10) Civil del Circuito de Cali ?
3. Se debe entender entonces que la Superintendencia de Industria y Comercio, Autoridad Administrativa, actuando con puntuales facultades Jurisdiccionales, tiene facultad y supremacía sobre la Rama Jurisdiccional para juzgar conductas que no han sido puestas a su consideración, que se investigan y juzgan en otras instancias?
4. Por lo anterior, debe entenderse que se deben dar por terminados los procesos mencionados que se adelantan ante los Juzgados Décimo y Cuarto Civiles del Circuito de Cali, si la Superintendencia de Industria y Comercio no modifica la providencia y esta en dichas condiciones hace tránsito a Cosa Juzgada?
5. Se permite a la Superintendencia de Industria y Comercio que profiera un fallo, sobre aspectos que no son de su competencia, y vulnerando el derecho fundamental al Debido

“Por la cual se resuelve un recurso”

Proceso, a la Doble Instancia y a la Igualdad, no existiendo aparentemente Recurso de Apelación, al decretarse COSA JUZGADA, sobre tópicos que no le correspondían para su pronunciamiento?

Ahora, si la Superintendencia considera necesario, que para realizar estudios de confundibilidad, requiere definir y establecer derechos, sobre el Nombre Comercial, entonces estaríamos en presencia del fenómeno de la **PREJUDICIALIDAD**, caso en el cual la decisión que se debe tomar en un proceso depende de otra, quedando entonces en suspenso, mientras el otro resuelve el punto del que es competente, pues observamos entonces en este caso que se requiere no solo la simple relación entre los procesos sino la incidencia definitiva y directa que la decisión que se tome en un proceso tenga sobre la que se adopte en otro.

COMPETENCIA DESLEAL

La **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, en Sala de Casación Civil y Agraria mediante Sentencia No. 096 del 10 de Noviembre de 1999, claramente indico (sic):

No se exige un resultado finalístico de efectiva confusión, desviación o desorganización de la clientela o de la empresa o del mercado, para la procedencia de la Acción de Competencia Desleal.

Conforme a las normas, solo se requiere la utilización o **ejecución de medios o sistemas que tuvieren la potencialidad real para confundir. Desviar o desorganizar.** por cuanto la tutela jurídica no solamente se confería para pretender la indemnización de daños causados sino también para ponerle fin a los efectos nocivos de desorganización, desviación o confusión, y suprimir o abolir todos los comportamientos que puedan llevar a tales situaciones, disponiendo su cesación y conminando para evitar una ulterior repetición.

Como igualmente lo ha expuesto la Corporación en la misma Sentencia, son tres las etapas que pueden constituir el iter de la Competencia Desleal:

- 1.) La producción de actos capaces de originar confusión, desviación .y desorganización.
- 2.) La efectiva confusión, desviación o desorganización como consecuencia de tales actos y,
- 3.) La generación de perjuicios reales y cuantificables con causa en las situaciones anteriores.

SOBRE ACTOS DE DESORGANIZACIÓN:

Si como se afirma en el contenido de la Resolución No. 33102, no se exige la presencia del elemento intencional, del dolo para desarrollar conductas desleales o en general cualquier clase de conducta que pueda generar daño, sino que se tiene solamente en cuenta la potencialidad de generar el daño, así quienes desarrollan dichas conductas no lo busquen **premeditadamente**. Preguntamos al Juzgador:

1. Por qué, como principal motivación para desvirtuar Competencia Desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentó prácticamente en las manifestaciones de la parte denunciada, que obviamente, siempre manifestará que nunca tuvo la intención de competir desleal mente ?
2. No son las personas naturales, se aclara, cualquier persona natural, la que puede ser potencial usuario del servicio de sanidad portátil y ser parte del mercado ?

"Por la cual se resuelve un recurso"

3. Por qué el juzgador, para desechar conductas de Competencia Desleal, en el caso en estudio, excluye como potencial mercado, el internacional, teniendo en cuenta que especialmente en los últimos años solo se habla de globalización y de internacionalización de los mercados y que el objeto social de las empresas por el contrario no tiene esa limitación?

4. Por qué se asevera que el buscar la participación y figuración en la Asociación Internacional de Sanidad Portátil, no es con fines concurrenciales, si la intención del que se asocia a dicha entidad, es reunirse, tomar parte de un concurso, hacer parte, buscar asistencia, ayuda o influjo, hacerse conocer en el mismo lugar y tiempo, siendo una arma de mercadeo importante y medio de publicidad, para hacerse conocer fuera de las fronteras del país?

5. La confusión presentada por una Asociación Internacional, experta en el ramo de los negocios de Sanidad Portátil, no es reflejo de una potencial confusión entre el público en general, que es el mercado a donde se ofrecen estos servicios, sin ninguna limitación?

6. Quién puede aseverar que un desprevenido lector de las publicaciones de dicha asociación, no se interese internacionalmente por el servicio prestado en Colombia?

7. Es tan especializado, elitista y limitado el mercado al que se dirige el servicio de sanidad portátil o baños portátiles, que no puede ser utilizado por cualquier tipo de persona?

8. Se requiere entonces, según la Superintendencia de Industria y Comercio, de alguna condición especial, especialización para necesitar o poder acceder al servicio de baño portátiles?

9. Teniendo en cuenta la actual situación del país en materia de empleo, no es obvio que los trabajadores que anteriormente trabajaban en BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA. ya la fecha se encuentran vinculados en BAÑOMOVIL DE COLOMBIA S.A., deban declarar en forma fiel y leal a la empresa de la cual actualmente derivan sus sustento?

10. Debemos entender, que para la aplicación de la Ley de Competencia Desleal por actos de Desorganización, estos para que sean potencialmente idóneos para generarla, debieron ser realizados con violencia, constreñimiento y presión, y que por no existir prueba de esas condiciones, porque los empleados finalmente se cambiaron de empresa en forma voluntariamente, en virtud de su libre albedrío, no son conductas o actos que puedan generar competencia desleal?

11. En el Boletín de la Superintendencia de Industria y Comercio, Publicación de fecha Noviembre 6 del 2001, se lee: "Scanner Sales Services de Colombia (S.S.S.), denunció a Labcare de Colombia Ltda., y otros, por desviación de la clientela toda vez que socios de esta última vendieron productos de la misma línea a varios de los clientes de la S.S.S., siendo o habiendo sido sus empleados." Nos preguntamos, por qué en ese caso si hubo Competencia Desleal y en nuestro caso no la hubo?

SOBRE ACTOS DE CONFUSIÓN

Para establecer si se presentó o no competencia desleal, por "actos de confusión", la Superintendencia de Industria y Comercio en su providencia, se apoyó entre otros, en el texto del autor **Delio Gómez Leyva**, quien cita a innumerables especialistas en el tema. Sobre la misma edición de dicho libro en su capítulo "actos de confusión", nos apoyamos, en este caso para argumentar nuestra inconformidad con el resultado de la investigación:

"Por la cual se resuelve un recurso"

Se debe entender que la confusión se produce (o potencialmente se puede llegar a producir, con intención o sin ella), cuando :

- En sentido estricto cuando, hay error acerca de la identidad de la empresa de la cual procede la prestación o llevar a error al público a atribuir a una empresa los productos o las prestaciones de otra.
- Hay confusión directa o inmediata cuando el consumidor, debido a la identidad o gran similitud de las prestaciones considera que se trata del mismo signo distintivo, que se trata de la misma mercancía.
- En sentido indirecto o mediato, cuando el consumidor aprecia que son dos signos distintos pero su parecido lo lleva a entender que ambas prestaciones proceden de la misma empresa imputando las diferencias a que se trata de una modernización del antiguo producto o que proceden de diferentes sucursales o establecimientos.
- Y confusión en sentido amplio, cuando el consumidor no sufre confusión acerca de la identidad de la empresa de procedencia, sino que aún siendo consciente de que las dos mercancías tienen una procedencia empresarial diferente, supone equivocadamente que entre las empresas oferentes de cada una de las prestaciones existen relaciones económicas, comerciales o de organización .

Se indica por parte de la Superintendencia la necesidad de realizar un estudio de "confundibilidad", concepto citado por autor referido. Pero también al hablar del mencionado concepto, en sus citas indica: "quiero decir peligro de confusión, sin que para que pueda considerarse existente sea preciso que esa confusión se haya producido efectivamente".

También se lee "como principio general, puede establecerse que el comerciante honesto debe evitar o hacer cesar toda confusión, de cualquier tipo que fuere, y si no lo hace, **es culpable por permitir la posibilidad de una confusión** " y la subsistencia de la confusión con ventajas para sí-(resalte fuera de texto)"

El criterio decisivo para la apreciación del riesgo de confusión ha de ser la reacción del tipo medio del círculo de destinatarios, dejando pues de lado los casos extremos de adquirentes especialmente competentes y sagaces como los especialmente incompetentes o distraídos. Debe pues excluirse el riesgo de confusión cuando solo una parte desdeñable de los destinatarios podrá ser confundido o llevado en error".

Por otro lado para realizar el examen de confundibilidad, la doctrina ha fijado algunas reglas para las Marcas, las cuales son aplicables a los demás signos distintivos, y sobre las cuales no se observa que la Superintendencia las haya tenido en cuenta al proferir su fallo:

"Regla 1 : La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas.

"Regla 2: Los signos distintivos deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente-.

"Regla 3: Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del consumidor presunto y debe tener en cuenta la naturaleza de los artículos"

"Regla 4: Deben tenerse en cuenta **las semejanzas** que existen entre los signos y **no las diferencias.**"

La Impresión del conjunto, es lo decisivo en la valoración de cuando puede confundirse el consumidor medio del círculo interesado. . . . Por ello el juicio ha de basarse más en las coincidencias que en las diferencias". "la protección del nombre comercial, en la esfera de la competencia desleal, se orienta a evitar la confusión para impedir que se pueda engañar a los terceros sobre la naturaleza de la actividad que se desarrolla...como consecuencia de ello está la prohibición de emplear "un nombre comercial o una marca de productos o de servicios, que

"Por la cual se resuelve un recurso"

sea igualo similar a un nombre comercial para el mismos ramo de los negocios " como lo establece el artículo 607 ibídem"

Así las cosas, al parecer para establecer la confundibilidad, la Superintendencia se limitó a tomar su decisión fundamentándose, en forma contraria a lo que establece la doctrina y la jurisprudencia especializada en el tema, en las diferencias más que en la coincidencias existentes entre los dos establecimientos comerciales y en sus prestaciones, y también, se limitó a establecer el derecho al uso de los nombres de las dos sociedades, al concluir:

"Todo lo anterior viene a significar que no puede haber uso exclusivo de denominaciones de carácter genérico que designen o describan de modo común o usual los productos o servicios de que se trate".

No prestó atención a la confusión o potencialidad de la misma por el sin número de coincidencias.

Aunque consideramos que esto es del ámbito del proceso de Propiedad Industrial de Protección del Nombre Comercial, citamos fuentes reconocidas, especialistas en el manejo del lenguaje en el país, de obligatoria consulta, como también lo son los diccionarios consultados por la Superintendencia y que tuvimos en cuenta para la presentación de nuestros alegatos, así:

La Real Academia de la Lengua, máxima autoridad para el manejo del idioma en Colombia, define la expresión GENERICO como: "Qué es común a muchas especies"

"Una palabra genérica es un árbol, porque incluye el pino, al manzano, al cerezo ya otros. Así mismo lo es flor, pues incluye la rosa, el girasol, el clavel, la dalia, etc. A estas palabras genéricas se les denomina, en lingüística hiperónimas o superordenadas. "

"El sintagma BAÑO MOVIL, puede considerarse genérico siempre y cuando existan variedades dentro de ese servicio, las cuales quedan agrupadas dentro de dicha expresión"

Se pregunta a la Superintendencia, cuáles son dentro de tal expresión BAÑO MOVIL las variedades, para que ésta Superintendencia considere que la misma es un genérico?

El Instituto Caro y Cuervo, por su parte considera:

"Antes de entrar a discutir si bañomovil es un genérico es importante anotar que se está ante la creación de una nueva palabra o lo que se denomina en lingüística un neologismo y en este caso es un neologismo de un sustantivo compuesto conformado por dos palabras como cubrelecho o lavamanos. Este término baño móvil se empieza a usar recientemente en español, específicamente en Colombia, por lo tanto como cualquier creación léxica todavía no hay una fijación por ejemplo con respecto a su escritura, puede de pronto encontrarse escrita baño móvil. En este caso estaríamos hablando de la creación de un nuevo término o neologismo así esté conformado por dos palabras que ya existen en la lengua baño y móvil.

"La expresión BAÑOMOVIL puede empezar a considerarse un neologismo, un nuevo término porque cumple con las 4 características fundamentales: es un término reciente, no aparece en diccionarios, inestabilidad gráfica ("baño móvil" "bañomovil") y se empieza a percibir como una unidad".

"Por la cual se resuelve un recurso"

Ya para considerarlo un nombre común compuesto sería muy prematuro; tocaría que esperar un poco de tiempo, pues nos parece que le falta un proceso mayor de fijación y de uso apenas lo empezamos a ver escritos en los baños de las obras públicas, escenarios deportivos, pero su uso de coaparición, repetición y producción es menor, por ejemplo en el lenguaje oral es poco lo que se oye."

"Aunque no nos hacen esta pregunta, al leer el motivo de la 18 consulta y el uso que se le está haciendo en Bogotá la palabra *bañomóvil*, a los cubículos que se encuentran en las obras y sitios públicos, consideramos que esta palabra la incluyeron en el nombre de una o varias razones sociales, Baño Móvil de Occidente Ltda. y Baño Móvil de Colombia S.A., o sea que pasó hacer parte, es decir aquellos que se aplican a seres animados o inanimados para designarlos o diferenciarlos de otros de su misma clase. La palabra ha sido registrada incluso con una grafía que no corresponde a un genérico o sustantivo común, pues la escriben con mayúscula doble, que según los gramáticos es un error, en el que se está cayendo por moda o efectos visuales para reconocer empresas...."

"Según la última ortografía de la Real Academia "los sustantivos y adjetivos que componen el nombre de instituciones, entidades, partidos políticos se. deben ir en mayúscula".

"Si se quiere considerar *bañomovil* como un nombre común y genérico debe escribirse con minúscula....".

Ahora, es el mismo Instituto Caro y Cuervo. que indica que la expresión uso común no aparece como unidad o frase en los diccionarios. Así que toca deducirla del significado de las dos palabras que la componen. según la Academia: *Uso: Ejercicio o práctica general de una cosa. Común: Dícese no siendo privativa mente de ninguno, pertenece o se extiende a varios"*

Ahora, de acuerdo a lo establecido por el **Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena** dentro del Proceso 2 IP 89, sent. Oct. 19 de 1.989, claramente establece:

"Un término es genérico, desde el punto de vista marcario cuando los empresarios del correspondiente sector económico en alguna forma para señalar el producto o servicio o cuando por sí 8610 pueda servir para identificarlo"

Le preguntamos a la Superintendencia de Industria y Comercio remitiéndose a Colombia, para no ir más lejos:

Todas las empresas que prestan el servicio de sanidad portátil, diferentes a las relacionadas legalmente con el grupo empresarial del que hace parte BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE L TOA., utilizan dentro de sus ofertas de servicios, o dentro de su nombre comercial o dentro de los textos de su publicidad la expresión "bañomovil o baño Móvil"

Es importante recordar el factor conocido como **memorización imperfecta**, que consiste en el recuerdo incompleto de los rasgos generales que identifican un establecimiento de comercio. En virtud de este factor la persona que ha adquirido productos en un establecimiento de comercio con posterioridad puede adquirirlos en otro establecimiento de comercio, distinguido con la misma o similar enseña o nombre comercial, con el convencimiento íntimo de que se trata del mismo establecimiento comercial.

Fue BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., la primera empresa destinada a la prestación de servicios sanitarios portátiles que en Colombia, por no decir en el mundo, que utilizó la expresión idiomática "*bañomóvil*" para designar los cubículos sanitarios. Así fue como la

"Por la cual se resuelve un recurso"

empresa, comercializando sus servicios, logró que la gente se empezara a familiarizar con dicho término, utilizado por primera vez dentro del nombre comercial de ésta empresa, principalmente en la ciudad de Cali, lo que no puede negar la Superintendencia.

Por eso es que las personas desde hace relativamente poco tiempo como lo establecen las autoridades de la lengua castellana, han empezado a relacionar el servicio o el objeto inanimado, **cubículos sanitarios o baños portátiles**, con el nombre de la empresa creadora de la expresión "bañomovil".

Por ello es que la utilización de dicho neologismo dentro del nombre comercial de la competencia BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A. , constituye, entre otros, un medio o sistema que se puede prestar a confusión ya que tiene la potencialidad real para confundir .

No hay que olvidar que la misma empresa BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A. , antes de verse sumergida en estos litigios, siempre empleo la expresión baños portátiles, para describir su servicio. y se reitera, no hay ninguna empresa en Colombia, diferente al grupo empresarial del que hace parte BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA. , que se dedique a ese ramo de los negocios o actividad económica que utilice dentro de su nombre comercial, o dentro de las expresiones o signos que hacen parte de su enseña comercial, o dentro de su oferta de bienes y servicios, que utilice o necesite utilizar dicha expresión para ofrecer sus servicios.

El Ministerio de Comunicaciones aprobó el reglamento para Publicaciones en el Directorio Telefónico, principal guía comercial para los potenciales clientes y destinatarios, y en su Resolución 2254 del 2 de agosto de 1974 en relación con la publicación de anuncios en las páginas amarillas, en su numeral 7 se establece:

"...los suscriptores o usuarios pueden anunciar sus servicios o productos en la forma por ellos deseada, siempre que se solicite su clasificación por el género del artículo o del servicio materia del anuncio y dentro de esta misma clasificación teniendo en cuenta únicamente para el orden alfabético los siguientes factores en grado de preferencia: a.) Razón Social o nombre del anunciador; b.) nombre del establecimiento; y c.) marca del artículo.

Curiosamente, también se observa un pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio publicado por Internet de Noviembre 6 del 2001, que indica que se estableció que hubo competencia desleal cuando: "Comunicaciones V .A. R. Ltda. , por actos de confusión por utilizar un logo símbolo inspirado en el mapa de color azul y rojo registrado con anterioridad por el denunciante (Telecom.) (resalte fuera de texto)

Nos preguntamos: Si sancionan por inspirarse en colores similares, por qué en el caso en litigio, no prospera la acción si se utilizó en la publicidad de la papelería de BAÑOMOVIL DE COLOMBIA S.A., expresiones, gamas de colores, argumentos de venta, similares sino iguales a las utilizadas por primera vez por BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., además de operar con un nombre similar, en el mismo ramo de los negocios, (10 que prohíbe la ley) con los mismos datos que aparecían en el directorio, con las mismas personas, gerente, etc.?

Con el debido respeto, volvemos a preguntar a la Superintendencia de Industria y Comercio:

1.) Cuáles empresas que figuran en el directorio de la Asociación Internacional, que agrupan la gran mayoría de empresas dedicadas al negocio de Sanidad Portátil, documento que se encuentra dentro del expediente, tiene en su nombre o denominación social la expresión "Baño Móvil - bañomovil - baño móvil" , para que la Superintendencia de Industria y Comercio considere que es un genérico?

"Por la cual se resuelve un recurso"

2.) Cuáles empresas a nivel nacional, exceptuados las involucradas en la presente litis, tienen en su nombre o denominación social la expresión "baño móvil bañomovil", para que la Superintendencia de Industria y Comercio considere al resolver la investigación que esa expresión es el genérico de dicha actividad?

3.) En los directorios telefónicos de todo el país organizados de conformidad a lo ordenado por el Ministerio de Comunicaciones, no es la expresión Baños Portátiles o Estacionarios, la Sección Genérica en donde se publicitan las sociedades dedicadas a ese ramo de los negocios?

4.) Existe la Sección Genérica de dichos servicios en el directorio, denominada Alquiler de Baños Estacionarios y Baños Móviles?

5.) En qué directorio telefónico colombiano, en las ciudades en que se presta el servicio de ese ramo de los negocios aparece el nombre comercial o la enseña y la descripción de dichos servicios, diferentes a las empresas en litigio, que utilicen dicha expresión ?

6.) Si para la Real Academia de la Lengua y para el Instituto Caro y Cuervo (entidades que desarrollan y avalan los contenidos de los diccionarios de la lengua española, tantas veces citados en la providencia que hoy recurrimos), y siendo además máximas autoridades en el manejo del lenguaje en Colombia, consideran que la expresión "BAÑOMOVIL o BAÑO MOVIL o "bañomovil baño móvil", no constituyen un Genérico, sino un neologismo, con el cual identifican las personas los cubículos sanitarios, En qué se fundamenta la Superintendencia para considerar lo contrario?

7.) Por que considera la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de las motivaciones o considerandos de la Resolución hoy impugnada, que no hay confusión y por ende no hay Competencia Desleal, porque la posible confusión presentada es entre los diferentes proveedores, que no son clientes ni usuarios ni hacen parte del mercado potencial de la sanidad portátil? (Papelería, taller de mecánica, insumos, etc.)

8.) No establece el objeto social de las dos empresas, límites al mercado al cual dirigen sus servicios, por qué para la Superintendencia, empresas proveedoras de servicios, no pueden ser clientes potenciales de los servicios de sanidad portátil ?

Discrepamos totalmente de los criterios de la Superintendencia de Industria y Comercio que a continuación se transcriben:

"Para este despacho no requieren de mayor atención pues a las claras se ve que en la misma se refleja un evidente error de atención del autor de dichos documentos, más no una real confusión de las sociedades en litis, añadiéndose además que no se trata de usuarios de servicios de sanidad portátil, y por ende, no resultan ser clientes o destinatarios del servicio prestado por las sociedades en cuestión" "Es importante dejar en claro que no se trata de probar confusión basada en errores de atención del público en general, sino que la confusión que reprende la ley de competencia es aquella que se genera en un consumidor dotado con criterios razonables y medios de entendimiento y discernimiento, el cual opta por una cosa por equivocación. Así mismo, debe tenerse especial cuidado en el destinatario de los servicios y el mercado al cual va dirigido el servicio de que se trate"

Según las anteriores afirmaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio debemos entender entonces:

"Por la cual se resuelve un recurso"

1. Los mercados de sanidad portátil, retretes portátiles, letrinas, no son un servicio para todo el público en general, sino para un público especializado?
2. No son todos los colombianos, vallecaucanos, caleños, con criterio, o sin criterio, con inteligencia media o sin ella, tipo medio del círculo de destinatarios del servicio, potenciales clientes o destinatarios que puedan interesarse en el servicio?
3. Se requiere de un alto grado de capacidad intelectual o de discernimiento para poder ser cliente potencial o querer acceder a los servicios de sanidad portátil?
4. Según la Superintendencia de Industria y Comercio, la Asociación de Ministros Cristianos Evangélicos del Valle y Confandi, no son clientes o potenciales clientes o tipo medio del círculo de destinatarios, que cuentan con criterios razonables y medios entendimiento y discernimiento, para la confusión presentada o la potencialidad de su confusión no sea tomada en cuenta?
5. Si empresas que conocen de la existencia de las dos sociedades en litis, presentaron confusión en el desarrollo de sus relaciones comerciales (reclamos por el servicio, manejo de facturas, etc), no se puede esperar esto del público en general, potenciales usuarios del servicio, ante empresas con nombres fonéticamente similares, objeto social idéntico, idéntico gerente y personal administrativo y operario, idéntica dirección de ubicación de instalaciones y teléfonos?
- 6.Cuál fue el método y cuáles los parámetros utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio, para definir y determinar que MANUELITA, BANCO DE BOGOTA, TECNOLOGIAS APLICADAS, DISTRIBUIDORA JORGE MARIO URIBE, COMPAÑÍA SURAMERICANA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, SOCIEDAD DE MEJORAS PUBLICAS y CEMENTOS DEL VALLE, "son clientes en el real sentido de la palabra" y están dotados de los criterios razonables y medios de entendimiento y discernimiento capaces de no confundir las sociedades. y mejor aún teniendo en cuenta que en dicha lista no todos han sido usuarios del servicio de sanidad portátil, pues en su gran mayoría son proveedores?
- 7.Cuál fue el método y cuáles los parámetros utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio, para definir y determinar que la confusión sufrida por AUTOS CENTENARIOS HYUNDAI, AUROS COPIAS, además de la ASOCIACIÓN DE MINISTROS CRISTIANOS DEL VALLE y CONFANDI, no son clientes potenciales o destinatarios del servicio, que su confusión obedece a un simple error de atención, y que por lo tanto no están dotados de un mínimo de criterios razonables y medios de entendimiento y discernimiento, ni hacen parte del tipo medio del círculo de destinatarios del servicio?
8. Si los proveedores de insumos, papelería, fotocopiadora, taller de mecánica, sobre los cuales BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., considera que si son clientes potenciales del servicio de sanidad portátil, y que adicionalmente conocen y tienen relación directa con las dos empresas en litigio, se confunden en sus manejos comerciales en la prestación mutua de los servicios, por no haber sido aún clientes, no cuentan con el suficiente discernimiento, criterios razonables y medios de entendimiento y discernimiento requeridos para ser clientes de los baños portátiles?
9. No son fonéticamente similares las expresiones Bañomovil de Occidente y Baño Móvil de Colombia?

Tomando el ilustrativo ejemplo que obra en las motivaciones de la Resolución, con respecto a Juan Rodríguez ya Juan Valdés, nos preguntamos, que pasaría si se pretende contratar con

“Por la cual se resuelve un recurso”

Juan Valdés, y se termina contratando con Juan Rodríguez, porque tienen igual domicilio, datos, servicio, y tienen similares características?

Siguiendo la misma línea del ejemplo anterior, si los errores de atención y de cuidado entre los nombres Juan Valdés y Juan Rodríguez generan confusión, que podríamos decir entre nombres fonéticamente similares, como por ejemplo Juan Valdés y Juan Vásquez. Si como cliente se estuviera interesado en ubicar a Juan Valdés con quien se contrató anteriormente y en el mismo domicilio, con los mismos teléfonos, realizando la misma actividad y sin mayor explicación terminara contratando con Juan Vasquez, quien cuenta además con los mismos empleados, por desconocimiento del cliente potencial de que son dos personas diferentes.

Por último, y con ocasión del pie de página identificado con el número 47 de la providencia, observamos que la Superintendencia se fija y cuestiona una circunstancia, que puede ser lógica. BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., al verse obligado a cambiar su domicilio social, se quedó con cantidad de papelería la cual tenía timbrada la dirección en la que laboró y en la que luego entra a funcionar la empresa de la competencia. Manifiesta la entidad:

"No puede pasar desapercibida la circunstancia según la cual BañoMóvil de Occidente Ltda., sigue utilizando en algunas ocasiones, papelería en donde aparece impresa la antigua dirección de la oficina, que luego pasa a ser la de Baño Móvil de Colombia S.A." (rollos 226 y 227, 233 y 234, 235).

Lo extraño es que la Superintendencia, resta toda importancia a algo que si es relevante para la investigación: A la nueva dirección de BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., dirección en la que nunca ha desarrollado sus actividades comerciales la sociedad BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A., reiteramos, nueva dirección, ha llegado en varias oportunidades correspondencia, facturas, quejas, agradecimientos, reclamos de clientes y se reciben llamadas de usuarios de la competencia, circunstancias que no tendrían porque presentarse, si como dice la Superintendencia, no hay confusión. Lo que demuestra lo anterior. y que obra en el expediente como prueba, es precisamente lo contrario, total confusión entre los dos establecimientos. Ya en el informe motivado dijo la Superintendencia, que la confusión observaba era entre clientes de Baño Móvil de Colombia S.A., que por error solicitaban servicios a BañoMóvil de Occidente Ltda., pero que no había confusión al revés. Seguimos sin entender dicha apreciación.

Preguntamos ésta circunstancia si puede pasar desapercibida totalmente por la Superintendencia para no determinar la potencialidad de la confusión?

Observó la Superintendencia las fechas de esos documentos, son fechas recientes, como para afirmar que BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., "sigue utilizando en algunas ocasiones papelería en donde aparece impresa la antigua dirección" ?

SOBRE ACTOS DE ENGAÑO

La Superintendencia de Industria y Comercio sustenta la Parte Motiva de su decisión desvirtuando la existencia de actos de Competencia Desleal por actos de engaño, en una publicación de un aviso del periódico el diario El País de Marzo de 1998, indicando que el aviso "permite identificar claramente al ente social con relación a los datos tales como...que logran avisar en forma clara sin asomo de inducción o error la existencia de esa sociedad y su objeto social".

"Por la cual se resuelve un recurso"

El aviso cuenta con un nombre fonética mente igual al de la otra sociedad, con el nombre igual al del gerente, con la dirección igual a la que tenía la anterior empresa, con datos de teléfonos iguales a los de la otra empresa, y en forma plural se refiere a que CONTINUAMOS PRESTANDO EL SERVICIO, de alquiler y venta de BAÑOS PORTATILES, Datos iguales a los de BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., según se observa en el directorio telefónico, que para esa época circulaba en la ciudad de Santiago de Cali y que era utilizado por el público en general para acceder al servicio.

Nos preguntamos, cuenta el aviso mencionado, con alguna frase que explique que no son la misma empresa, algún elemento diferenciador claro que evite asomo alguno de confusión o inducción a error a la clientela o al público, potencial destinatario del Servicio o son más y determinantes las coincidencias?

No dice la jurisprudencia nacional y la doctrina especializada que se deben tener en cuenta son las coincidencias y similitudes y no los elementos diferenciadores ?

Es verdad, la ley no obliga a nadie a despojarse de la experiencia adquirida con en el transcurso del tiempo, pero si obliga a no faltar a la verdad a la efectuar la publicidad, obliga a no aprovecharse de la reputación ajena (Artículo 15 de la Ley 256 del 1996), obliga a no ser desleal realizando en el mercado, (Artículo 18 la Ley 256 del 1996) a través de violaciones de normas, una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica como el artículo 607 del Código de Comercio, sobre uso del nombre similar en el mismo ramo de los negocios, menos aún cuando existen tanto elementos coincidentes, entre las dos sociedades que se podían prestar a confusión de los destinatarios del servicio, especialmente en los primeros meses en que entró al mercado BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A.. lo que a todas luces nó observó la Superintendencia de Industria y Comercio, estando obligada a ello por la Ley.

La publicidad realizada por BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A. , no habla de que fue Carlos Enrique Robles quien en forma personal adquirió la a experiencia, por el contrario inducen a error ya que dan a entender claramente que la experiencia y continuidad en el servicio es de la Persona Jurídica Baño Móvil de Colombia, pues en forma plural, publicitaron el servicio utilizando expresiones como "continuamos", "nuestra experiencia", dando a entender que la empresa ha desarrollado dicha experiencia a través del tiempo.

ACTOS DE DESCREDITO

El único fundamento fáctico y probatorio analizado por la Superintendencia descansa en la utilización de los colores aguamarina y arena para los baños portátiles.

Si la sociedad BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A., al iniciar operaciones comerciales promocionando sus servicios, denigra o demerita los colores de los Baños de BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., y pesar de todo publicitó en muchas ocasiones, en algunas revistas, como obra en el expediente, sus baños con el mismo color verde aguamarina de la empresa que represento, no es esta circunstancia un acto de competencia desleal por inspirarse en lo mismos colores de la competencia?

Y bajo ningún punto de vista se puede aceptar el concepto de la Superintendencia, al manifestar que se trata de un simple "juicio de valor denunciado por Robles Mejía", ya que para otros y con base en encuestas realizadas por la misma sociedad BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., se consideró que dicho color aguamarina es necesario para que los baños portátiles sean identificados fácilmente por sus usuarios. El hecho de que la empresa de la

“Por la cual se resuelve un recurso”

competencia importe los baños de uno u otro color (arena), no quiere decir en ningún momento el asomo de deficiencias encontradas en el excelente servicio que presta la sociedad denunciante, o que implique incluso mejorar calidad de un servicio. Si aceptáramos que el demeritar la competencia, debe minimizarse a tal grado, catalogando dichas actuaciones en forma ligera, como simples juicios de valor, no existiría la amplia normatividad que censura y reprime actos de publicidad denigratoria.

Por lo anteriormente expuesto, muy respetuosamente solicito a la Superintendencia, revocar el presente proveído, condenando a la sociedad denunciada por actos de competencia desleal, que aunque no fueran intencionales, han existido.

Muy especialmente se solicita a la Superintendencia de Industria y Comercio se abstenga de pronunciarse sobre las conductas que son materia de investigación y posterior fallo por parte de las autoridades competentes distintas como son el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali y Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, para evitar perjuicios por un presunto Error Judicial, por falsa o errónea motivación y desvió de poder.

*Lo contrario sería ir en contra de la Constitución Política de Colombia, y puntualmente la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en su artículo 65 establece la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, estableciendo puntualmente que responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el **Error Jurisdiccional** y por la privación injusta de la libertad”.*

SEGUNDO: De acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo se resolverán todas las cuestiones planteadas y aquellas que surgieron con ocasión del recurso:

1 Argumento: Fallo extra petita

Se alega por la recurrente que la resolución número 33102 de 2001 “presenta un error judicial inexcusable por parte de la Superintendencia por extralimitación en el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales”. Se fundamenta en la circunstancia según la cual se está vinculando en dicha providencia al señor CARLOS ENRIQUE ROBLES MEJIA, en su condición de personal natural, no obstante que la denuncia por competencia desleal instaurada por BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA. fue dirigida contra la sociedad BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A. y no en contra de CARLOS ENRIQUE ROBLES MEJIA, quien era el representante legal de la sociedad denunciada por la época de los hechos, y “contra quien se inició ante la Jurisdicción Ordinaria la acción social de responsabilidad establecida en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995”. Que así mismo, se incoaron otras acciones sociales y judiciales.

En primer lugar, este Despacho entra a referirse sobre la atribución que tiene el Superintendente de Industria y Comercio que lo faculta para imponer multa “a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (...)”, la cual se encuentra prevista en el artículo 4 numeral 16 del Decreto 2153 de 1992. Por consiguiente, la Superintendencia de Industria y Comercio puede investigar y sancionar pecuniariamente a una o varias de tales personas en el evento de que se declare la ilegalidad de la conducta investigada y se compruebe la participación del sujeto en la realización de la misma.

Así mismo, y de conformidad con las facultades asignadas a esta Superintendencia consagradas en los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, es importante anotar que esta Entidad podía de oficio abrir investigación en contra de cualquier sujeto (persona natural o jurídica) que resultase involucrada en actos de competencia desleal. En claro lo anterior, se hace preciso remitirnos al contenido resolutorio de la providencia

“Por la cual se resuelve un recurso”

que determinó la apertura de la investigación que nos ocupa, para apreciar a qué sujetos de derecho ordenó investigar el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia.

En este orden de ideas, se dispuso en los artículos primero, segundo, tercero y cuarto del aparte decisorio de la Resolución número 0203 del 13 de enero de 1999: *“abrir investigación para determinar si la sociedad Baño Móvil de Colombia S.A.”, había contravenido los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Ley 256 de 1996*; a su vez, se ordenó en el artículo quinto del mismo aparte, la notificación del señor CARLOS ENRIQUE ROBLES MEJIA en su calidad de representante legal de la sociedad Baño Móvil de Colombia S.A.

Visto lo anterior, y con el ánimo de dar claridad a las partes de esta investigación este Despacho dispone aclarar los extremos procesales de la *litis*, con el fin de señalar con claridad meridiana que los efectos de este fallo de competencia desleal se predicen solo respecto de los sujetos que quedaron vinculados a la misma a través de la mencionada resolución de apertura: Sociedad BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA. y SOCIEDAD BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A., con independencia de quienes sean en la actualidad sus representantes legales. En consecuencia así se aclarará en el aparte resolutivo de esta decisión.

2 Argumento: Prejudicialidad

En este aparte argumentativo del recurso se indica que el Despacho se extralimita en sus funciones por cuanto la providencia recurrida en caso de que no se modifique, *“generaría un conflicto judicial, e impediría la continuación de actuaciones legalmente adelantadas en otras instancias judiciales (...), lo que podría configurar un presunto desvío (sic) de poder o abuso de autoridad”*, por esta Superintendencia sobre la cual se señala que actúa con precisas facultades jurisdiccionales en esta materia, no obstante tener competencia para adelantar procesos de propiedad industrial en otra instancia administrativa.

A este respecto, resulta de vital importancia precisar al recurrente que el fallo que se profiere en esta investigación, de conformidad con la competencia y jurisdicción que detenta esta Entidad en virtud de los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998, está dado *“solo y exclusivamente en el ámbito de la competencia desleal”*. En consecuencia, la decisión que se ha proferido ha sido consecuente con las acciones que por competencia desleal fueron formuladas por la recurrente al presentar su libelo de denuncia, consagradas en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 y aquella para nada interfiere con el desarrollo normal de las acciones instauradas por la sociedad denunciante ante la jurisdicción ordinaria; recuérdese que tales acciones son diversas a la de competencia desleal y por consiguiente tienen un trámite procedimental y contenidos teóricos y legales que les son propios y diferenciables.

Traigamos a colación los artículos de la Ley 446 de 1998 que muestran y precisan claramente las funciones jurisdiccionales que tiene esta Superintendencia en esta materia, las cuales no está por demás anotar que han sido profusamente reiteradas en diversos fallos de la alta Corte Constitucional:

Artículo 143. Funciones sobre Competencia Desleal. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Artículo 144. Facultades sobre Competencia Desleal 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.

Artículo 147. Competencia a prevención. La Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte.

"Por la cual se resuelve un recurso"

El Superintendente o el Juez competente declarará la nulidad de lo actuado inmediatamente como tenga conocimiento de la existencia del proceso inicial y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo. El incumplimiento de este deber, hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa.

Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva una vez ejecutoriada hará tránsito a cosa juzgada.

Ahora bien, teniendo en claro la función jurisdiccional de esta Superintendencia en materia de competencia desleal, veamos las razones que señala la recurrente para sustentar sus afirmaciones de "desviación de poder o de extralimitación funcional", las cuales dicho sea de paso no corresponde dilucidar o juzgar a este Despacho, toda vez que para su análisis y decisión esta Entidad si no tiene competencia. Empero, y sólo con el ánimo de clarificar los efectos de la Resolución número 33102 del 5 de octubre de 2001, este Despacho entrará a estudiar tales razones, las cuales se encuentran cimentadas en que la providencia recurrida presenta argumentos que tienen que ver con el uso y derechos de un nombre comercial, lo que en opinión de la recurrente estaría invadiendo el campo de acción de la Jurisdicción Ordinaria, básicamente en lo que respecta a los pronunciamientos que corresponden por Ley a los Jueces Civiles del Circuito, por la vía de la acción civil para la protección del nombre.

Resulta evidente para este Despacho que la decisión que se profiera dentro de una investigación por competencia desleal no puede declarar *per se* derechos de propiedad industrial, pues lo anterior tiene un trámite diverso. Por este trámite, el de la acción de competencia desleal, lo que el Legislador quiso fue eliminar o substraer del mercado aquellas conductas que afectan de manera negativa el desarrollo del mismo, sin que para ello sea menester por esta vía -la de competencia desleal- el otorgamiento de títulos constitutivos de derechos de propiedad industrial.

Confunde la recurrente los análisis que debe hacer necesariamente este Despacho en materia de signos distintivos, con la decisión que en materia de competencia desleal se adopte y que se ha proferido, pues se pone de presente que tal labor de análisis, -aquella que involucra conceptos de propiedad industrial- es cada día más frecuente en tratándose de investigaciones o de procesos iniciados por vía de las acciones de competencia desleal, precisamente en razón a la estrecha relación que guarda la doctrina de la competencia desleal con la de propiedad industrial. Más aún, la tendencia actual es que la propiedad industrial se proteja cada vez más bajo el amparo de las leyes orientadas a reprimir comportamientos desleales dentro del mercado. Es por esto que el legislador a través de la Ley 256 de 1996 amplió el espectro de protección de los derechos de propiedad industrial al concebir como conductas desleales el empleo no autorizado de signos distintivos (artículo 15 inciso 2) y la explotación de la reputación industrial ajena (artículo 15 inciso 1), por tan solo citar algunos ejemplos.

En el caso *sub examine* se investigó la confusión generada por "el registro y utilización por la sociedad denunciada de un nombre comercial similar al utilizado por la sociedad denunciante", -Resolución de apertura de investigación No. 0203 de 1999-, razón por la cual este Despacho necesariamente para determinar si existía confusión, bien por objeto o por efecto, tuvo que realizar disquisiciones en torno a esta temática.

Empero, se hace notar a la recurrente que el fallo de competencia desleal proferido por este Despacho, tal como lo enseña su contenido resolutorio, en parte alguna dispone o configura la existencia de un derecho sobre signo distintivo alguno, pues esto corresponde a otras instancias administrativas o jurisdiccionales. Simplemente, se manifestó con fuerza vinculante para las partes y con efectos de "cosa juzgada" que las "*conductas investigadas y endilgadas a la sociedad Baño Móvil de Colombia S.A. y al señor Carlos Enrique Robles Mejía no son violatorias de la Ley de competencia desleal, y en especial, de los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Ley 256 de 1996*". (negrillas fuera del texto)

“Por la cual se resuelve un recurso”

Por lo tanto, la recurrente realiza una interpretación errada del fallo impugnado el cual en nada invade o afecta las decisiones que se puedan proferir en otras instancias jurisdiccionales (concretamente ante la jurisdicción ordinaria) a las cuales hace referencia la impugnante en su escrito de recurso.

Por otra parte, el argumento de la “prejudicialidad” que plantea la recurrente no resulta de recibo en esta instancia, pues tal como se ha dicho en líneas anteriores, si bien las materias de competencia desleal y de propiedad industrial hoy por hoy se encuentran estrechamente vinculadas, la acción de competencia desleal tiene identidad propia y consta de elementos estructurales propios que permiten configurar la existencia o no de un comportamiento tildado de desleal. Resulta así que el régimen de competencia desleal regula y sanciona el incumplimiento de un deber por parte de todo aquel que participe dentro del mercado: expresado éste en términos generales como la obligación de comportarse de manera leal. Por su parte, el régimen de propiedad industrial tiene como finalidad regular el reconocimiento del derecho de propiedad sobre el signo distintivo de que se trate. En consecuencia, y a pesar de que se encuentran ligados estos dos regímenes, el juzgador en materia de competencia desleal no está obligado a seguir la misma línea conceptual que impera en el campo de la propiedad industrial.

En el presente caso como ya se ha anotado, al examinar la conducta de confusión en relación con el uso y empleo de la expresión “baño móvil” no se realiza un análisis sobre quien fue el primero en usarla o en relación con los demás elementos que puedan llevar al reconocimiento de un derecho sobre tal denominación (pues esto no es del resorte de los procesos de competencia desleal). Lo anterior no se constituye en presupuesto necesario para decidir sobre la legalidad de la conducta denunciada como contraria a derecho. Por consiguiente, no resulta de recibo argumentar la prejudicialidad¹ en este trámite, toda vez que la decisión proferida en este fallo de competencia desleal no depende de lo que pueda decidirse en el proceso civil que se tramita para establecer el derecho al nombre.

3 Competencia desleal por actos de desorganización

Sea lo primero decir que dentro de nuestro ordenamiento jurídico el sistema de apreciación probatorio conocido como de la “tarifa legal” no resulta de recibo, pues éste ha sido superado en el tiempo y el sistema imperante en la actualidad que rige la actividad probatoria es el de la “sana crítica”, también llamada de la “libre apreciación o persuasión racional”.

La sana crítica empleada implica que este Despacho en su carácter de Juez del caso bajo examen, ha tenido la convicción razonada y razonable que los hechos presentados se han o no probado con la prueba practicada o aportada a la investigación. Es así como la apreciación dada al acervo probatorio que reposa dentro del expediente -y que analizado de manera razonada y razonablemente en la providencia recurrida- y con base en la cual este Despacho formó su convencimiento, se ha ajustado en un todo a las reglas que rigen la apreciación de la prueba.

Por otra parte, y en lo que hace referencia a la noción de cliente sobre la cual interroga la recurrente, ésta se encuentra concebida en su sentido natural y obvio como aquella persona que utiliza los servicios de un profesional o empresa, o la que compra en un establecimiento o utiliza sus servicios².

En este sentido se aclara que no toda persona es cliente de una empresa, pues tal calidad siempre dependerá de los **intereses y necesidades** que tenga el usuario de un servicio o el adquirente de un producto y en la medida a que se haya adquirido por lo menos una vez el producto o servicio de que se trate. Podría decirse

¹ Artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. El juez decretará la suspensión del proceso:

1. Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión del civil, a juicio del juez que conoce de éste.

2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los códigos Civil y de Comercio y en cualquier otra ley.

² Real Academia de la Lengua. Diccionario de la Lengua Española. Pág. 490, Tomo I, 1992.

“Por la cual se resuelve un recurso”

más acertadamente que cualquier persona **dependiendo de sus intereses y necesidades**, puede detentar la calidad de cliente de una empresa y no por ello se quiere significar de manera contundente para todos los caso, que la posición de cliente “sea elitista”, -como lo presenta la recurrente- pues ello siempre dependerá del sector económico de los consumidores a los cuales se encuentre destinada una oferta.

Es claro que existen bienes y servicios que están concebidos para una generalidad de personas que pueden en un momento dado convertirse en usuarias de los mismos y por ende en clientes de las empresas que los ofrecen, pero esto no significa que dentro del conglomerado social no exista necesariamente una diferenciación entre los consumidores basada necesariamente en los **intereses y necesidades de los mismos**, lo cual lleva indefectiblemente a afirmar que según la clase de bienes y servicios también se genera cierta especialidad en los consumidores.

Es claro que el sujeto que **usa** un baño móvil o retrete móvil o portátil puede ser cualquier persona natural, y sobre ello este Despacho no entrará en mayores explicaciones; empero, lo que no resulta evidente como lo quiere hacer ver la recurrente es que el servicio de alquiler y venta de baños móviles sea una necesidad de carácter general y que en consecuencia los destinatarios de la misma sea la generalidad del público consumidor, pues ello no es así, ya que solamente adquirirán este servicio (alquilar o comprar un baño móvil) aquellos destinatarios que tengan la necesidad de satisfacer o de prestar este servicio, generalmente en sitios públicos, como por ejemplo para el servicio de los trabajadores en el desarrollo de obras públicas, en escenarios deportivos etcétera.

Así mismo, la interpretación que hace la recurrente sobre el análisis realizado por este Despacho al mercado internacional no resulta de recibo pues no puede alegarse válidamente que el juzgador desconoce la tendencia que impera en el mundo actual que se dirige hacia lo que ella trae a colación como la “globalización y la internacionalización de los mercados”, pues el Despacho reconoce la existencia de la misma; sin embargo, no resulta de recibo que so pretexto de una tendencia general, aquella se pueda particularizar sin más ni más para fallar un caso litigioso, máxime cuando la prueba no lleva al juzgador al convencimiento razonable de que para BAÑOMÓVIL DE OCCIDENTE LTDA., la inscripción a la sociedad internacional llamada “Portable Sanitation Association International lograra el sostén o el incremento de su participación en el mercado -finalidad concurrencial³. Así mismo y en consonancia con lo anterior no debe olvidarse que los efectos de la Ley de Competencia Desleal deben necesariamente realizarse dentro del territorio colombiano, tal como lo dispone el artículo 4 de la Ley 256 de 1996.

Por otra parte, y en lo que guarda relación con la prueba testimonial recibida a las personas que prestan sus servicios en BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A., (y que antes fueron trabajadores de BAÑOMÓVIL DE OCCIDENTE LTDA.) este Despacho se atiene a lo manifestado en la resolución recurrida, no sin poner de nuevo de presente, que la existencia de una relación de trabajo entre un declarante y la persona que solicita su testimonio no se constituye en impedimento legal para su reconocimiento como medio probatorio con todos los efectos que se derivan de tal carácter: Sobre esta materia traigamos a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en relación con testigos que presentan algún tipo de dependencia:

*“Se tiene que dentro del sistema de la libre apreciación razonada o de la sana crítica que consagra el derecho probatorio colombiano (artículo 187 del C.P.C.), el juzgador tiene cierta libertad para apreciar las circunstancias de sospecha. Si haciendo uso de tal postulado, sin que se demuestre por la censura que hubo arbitrariedad en la ponderación de la prueba, el juicio que haya hecho el sentenciador sobre la misma mantiene su vigor. Por que la simple circunstancia de que algunos declarantes prestaron servicios remunerados a una de las partes, **no es motivo suficiente, por esa sola circunstancia, para restarle credibilidad o considerarlo sospechoso, máxime que por la labor que otrora desempeñó, puede tener un mejor conocimiento de los***

³. Artículo 2 de la Ley 256 de 1996.

“Por la cual se resuelve un recurso”

hechos ocurridos y materia del litigio, que precisamente fue lo que aquí se presentó.⁴ (Negrilla fuera del texto).

Por último, y en lo que tiene que ver con la razón por la cual en el caso de "Scanner Sales Services de Colombia (S.S.S.) contra Labcare de Colombia Ltda., y otros", esta Superintendencia falló declarando la existencia de competencia desleal por "actos de desviación de la clientela", (conducta esta que por demás no ha sido de análisis en la presente investigación) este Despacho manifiesta a la recurrente, como ampliamente es de su conocimiento, que la decisión adoptada para cada caso es propia del mismo, y depende de las pretensiones que tengan las partes, de los hechos probados y de la adecuación típica de los mismos con la norma. Por lo tanto, sus efectos son *inter partes*. En este orden de ideas, mal podría hablarse de que por que en un evento se falló de una u otra manera, deba necesariamente el juzgador resolver de la misma manera, máxime cuando se repite, las circunstancias de hecho y de derecho no guardan identidad.

4 Competencia desleal por actos de confusión

La recurrente para sustentar sus motivos de inconformidad con la decisión proferida por este Despacho, trae a colación la doctrina general del tratadista Delio Gómez Leyva, quien se refiere al concepto de la confusión y a los diferentes matices y grados de la misma de "confundibilidad" que puede generar una conducta.

Ahora bien, esta Superintendencia considera necesario reiterar lo dicho en aparte anterior de este escrito, en el sentido que la decisión proferida está claramente delimitada por la materia de que trata, es decir, que las consideraciones en ella plasmadas y los efectos de la misma solamente se predicen dentro del ámbito de la "competencia desleal". En consecuencia, no es esta la vía procedimental ni de "autoridad para el caso" a través de la cual este Despacho puede entrar a **conferir** derechos de propiedad industrial a la primera persona que usa una expresión, como lo deja entrever la recurrente en su escrito de recurso, pues tal facultad no está atribuida a la Superintendencia en esta actuación.

Es importante retomar apartes conceptuales del fallo recurrido en el sentido de indicar que necesariamente para que pueda declararse la ilegalidad de una conducta desde la óptica de la confusión debe probarse por objeto o por efecto, sin que sea necesaria la existencia de ambas situaciones, la presencia de una verdadera "confusión", entendida ésta en su sentido natural y obvio como "la reunión de cosas inconexas. El desorden la falta de orden. La falta de claridad: la confusión de ideas, de argumentos. La acción de tomar una cosa por equivocación: error"⁵. En claro lo anterior, la atención del juzgador se centra en el acervo probatorio con el fin de verificar si los destinatarios de los servicios se han confundido o si las conductas ejecutadas por las partes en *litis* han sido intrínsecamente idóneas o con la potencialidad suficiente de generar confusión.

Se sostiene por la recurrente que esta Superintendencia, "*al parecer para establecer la confundibilidad, (...) se limitó a tomar su decisión fundamentándose, en forma contraria a lo que establece la doctrina y la jurisprudencia especializada en el tema, en las diferencias más que en la (sic) coincidencias existentes entre los dos establecimientos comerciales y en sus prestaciones, y también se limitó a establecer el derecho al uso de los nombres de las dos sociedades al concluir (...).*" para lo cual retoma algunas de las reglas de doctrina que rigen el examen de confundibilidad para el registro "de las marcas".

Sobre el particular, este Despacho no entra a discutir la validez o no de tales reglas de análisis y de criterio, pues las mismas son compartidas en términos generales por esta Superintendencia en **materia de registro marcario** y por ende, en tratándose de propiedad industrial para otorgar derechos sobre el uso de las mismas. De contera, estas reglas que ilustran el proceso de confundibilidad de signos distintivos que pretenden ser registrados se aplican integralmente en aquella materia más no de manera exacta y rigurosa en los procesos de competencia desleal, en los que se entra a verificar, se reitera nuevamente, la existencia o no de un actuar

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 31 de julio de 1985, M.P. Alberto Ospina Botero.

⁵ Diccionario Larousse Manual Ilustrado.

“Por la cual se resuelve un recurso”

deshonesto por un partícipe del mercado y no el otorgamiento de derechos sobre un signo distintivo, cualquiera de que se trate.

Es así como la investigación por esta conducta se abrió porque la sociedad BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A. “registra y utiliza para identificarse frente a sus clientes un nombre comercial similar al utilizado por la sociedad BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., lo cual podría generar confusión con el establecimiento ajeno”, conducta respecto de la cual esta Superintendencia en la decisión recurrida no encontró que se hubiese producido un resultado confusorio (efecto) o que tal proceder fuera potencialmente idóneo para generar confusión entre los destinatarios de los servicios de sanidad portátil.

Es importante tener presente que el servicio de sanidad portátil (alquiler o venta de baños móviles) es un servicio o producto especializado y en consecuencia sus destinatarios en alguna medida también lo son; en este orden de ideas, tales servicios no tienden a la satisfacción de necesidades generales, razón por la cual no cabe aplicar el criterio desprevenido del hombre medio, (regla esta de análisis en lo tocante a la satisfacción de necesidades generales). Entiéndase que este Despacho se refiere a la adquisición del servicio de sanidad portátil como se acabó de exponer y no al uso físico de los baños móviles, puesto que es apenas obvio que ésta si es una necesidad de carácter no solo general, sino total para todo ser humano.

En cuanto a los argumentos nuevamente expuestos por la recurrente (los cuales fueron presentados en la respuesta al informe motivado) sobre el concepto de las expresiones “baño” y “móvil” y en relación con la expresión “bañomovil”, este Despacho se atiene a lo ya manifestado en la resolución número 33102 de 2001, para lo cual reitera que los vocablos que componen parte de las denominaciones adoptadas por las sociedades en *litis*, a saber: “baño” y “móvil”⁶ son términos de uso común, corriente e indiscriminado dentro del conglomerado social que han servido para **identificar en parte** los servicios que prestan las empresas en cuestión las cuales además han incorporado en sus denominaciones sociales elementos particularizantes que permiten su clara diferenciación entre los destinatarios de tales servicios: DE OCCIDENTE LTDA., para la sociedad denunciante y DE COLOMBIA S.A. para el caso de la sociedad denunciada. No se discute entonces que existe una similitud fonética **en parte** del nombre adoptado por ambas sociedades, pero esto no quiere decir que por esa sola circunstancia se genere confusión entre los destinatarios de sus servicios.

Sobre el particular, y para mayor ilustración sobre el registro marcario otorgado a Servicios Sanitarios Portátiles Ltda., socio mayoritario de BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA se trae a colación lo contenido en la respuesta proferida por la División de Signos Distintivos de esta Superintendencia, que obra dentro del expediente⁷ cuando se aclara en relación con el “registro marcario” lo siguiente:

“Hay que aclarar que la marca concedida es puramente figurativa, es decir, no figuran dentro del conjunto marcario expresiones, Leyendas letras, etc., aún cuando en la descripción el solicitante manifestó que la figura iría acompañada de frases explicativas como “baño movil”, “Servicios Sanitarios Portátiles Ltda.”, y “compromiso mutuo por la protección del medio ambiente y la salud pública.”

“La frase explicativa dentro de un conjunto marcario, está compuesta por palabras genéricas respecto de los productos o servicios que se (sic) identifiquen la marca o también por palabras descriptivas de los mismos, de manera que como no tienen fuerza distintiva no se puede pretender reivindicar derecho alguno sobre ellas ni ningún monopolio que dé ventajas injustas a una persona en particular, pues son expresiones de libre uso por cualquier competidor en el desarrollo de sus actividades comerciales.”

⁶ Diccionario Manual Ilustrado Larousse. Definiciones de elemento y característica del servicio ofrecido:

-Baño: Amer. Excusado, retrete/ Cuarto de baño. (...)

-Móvil: Movable. (...) Cuerpo en movimiento.

⁷ Oficio radicado con No. 98071752 -000093 del 10 de febrero de 2000, obrante a fls. 622 y 623 del expediente.

“Por la cual se resuelve un recurso”

“En el caso concreto las expresiones “Baño Móvil”, “Servicios Sanitarios Portátiles Ltda.”, y “Compromiso mutuo para la protección del medio ambiente y la salud pública”, además de que no aparecen en la etiqueta aportada como marca, son frases explicativas respecto de los servicios que ampara el registro y por tanto de ellos no puede reivindicarse ningún derecho”.
(negrillas fuera del texto)

Es así como se aprecia que las expresiones “baño” y “móvil” además de ser consideradas como palabras de uso común, corriente e indiscriminado, son también de contenido genérico ya que señalan el producto y servicio que ofrecen las sociedades en discordia en esta actuación. Además, en el evento de que la expresión “bañomovil” sean considerada como nueva expresión idiomática -se trata de una combinación de palabras distintas-, en esta resulta evidente y de fácil comprensión el significado de cada uno de los términos que la componen.

Aquí, se desea enfatizar en que el pronunciamiento que se ha dado en torno a la denominación social de los entes societarios en mención estriba en las palabras que lo componen, es decir, “baño” y “móvil”, sin que la grafía o la forma de presentación de estas palabras fuese motivo de investigación.

De otro lado, si bien no todas las empresas que se dedican a la actividad de baños móviles utilizan estos términos comunes en sus denominaciones sociales, esto no quiere decir que por ello las mismas, -las palabras- dejen de ser términos de uso común, corriente y generalizado⁸ dentro del contexto social. Recuérdese que la denominación social o el nombre comercial de una empresa depende de muchos criterios, algunas veces de índole subjetivo por parte de quienes tienen tal labor de escogencia y que el idioma español es abundante en vocabulario (incluyendo palabras sinónimas). Cítese como ejemplo de lo anterior la denominación que presenta la sección de las páginas amarillas del directorio telefónico, la cual se titula “Baños” (término de uso común y generalizado) “estacionarios y portátiles” (sinónimo de móviles, que se pueden transportar), sin que sea obligación para la empresa editora de esta publicación el agotamiento de todos los sinónimos que puedan presentar aquellas expresiones.

Por otra parte y en lo que hace referencia a la valoración de la prueba este Despacho se atiene a lo manifestado en el análisis dado a las mismas en la providencia recurrida y reitera lo ya dicho en el presente escrito dentro del contenido de la “competencia desleal por actos de desorganización” (numeral cuarto), en el sentido que este análisis obedeció en un todo a la sana crítica que rige nuestro régimen probatorio. Así mismo, y de manera puntual se le quiere hacer claridad a la recurrente que no se trata de que esta Superintendencia le esté confirmando la categoría de clientes a las empresas por ella citadas en su escrito de recurso, toda vez que éstas o bien han sido “clientes” de las empresas en *litis* porque han contratado sus servicios por lo menos una vez (lo que está de acuerdo con la definición de cliente) o bien han realizado transacciones comerciales con las empresas en cuestión, tal como se aprecia en los documentos obrantes dentro del expediente. (Certificaciones expedidas por el Ingenio Manuelita, Banco de Bogotá, Tecnologías Aplicadas Ltda., Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S.A., Compañía Suramericana de Financiamiento Comercial S.A., Sociedad de Mejoras Públicas de Cali y Cementos del Valle S.A.)⁹.

Es evidente para este Despacho que en la medida en que se demuestre de manera fehaciente la ocurrencia del efecto -previsto como elemento normativo en el artículo 10 de la Ley 256 de 1996-, es decir, que se produjo realmente una confusión o equivocación en el destinatario del servicio o producto correspondiente al sector económico interesado, así deberá ser declarado.

⁸ De otra parte y en razón a que la recurrente cita tantas veces al respetado Instituto Caro y Cuervo se trae a colación lo que esa misma entidad manifestó en el mismo escrito al cual la impugnante alude, en donde indica que la expresión bañomovil puede también considerarse como un genérico: “Si se quiere considerar bañomovil como un nombre común y genérico debe escribirse con minúscula” (pág. 18 del escrito del recurso)

⁹ Certificaciones expedidas por: Ingenio Manuelita, fls. 645 y 646 del expediente; Banco de Bogotá, obrante a fl. 603 del expediente; Tecnologías Aplicadas Ltda., obrante a fl. 612 del expediente; Distribuidora Jorge Mario Uribe G. S.A., obrante a fl. 619 del expediente; Compañía Suramericana de Financiamiento Comercial S.A., obrante a fl. 620 del expediente; Sociedad de Mejoras Públicas de Cali, obrante a fl. 637 del expediente; Cementos del Valle S.A., obrante a fl. 643 del expediente.

“Por la cual se resuelve un recurso”

Así mismo, se manifiesta que si en algunas ocasiones se recibió en la dirección de la sociedad BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A., correspondencia dirigida a la otra sociedad que allí funcionó como BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA. sobre tales situaciones se deja entrever y apreciar que tuvo incidencia la circunstancia según la cual la sociedad BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., siguió empleando papelería timbrada con la antigua dirección tal como lo reconoce la recurrente al señalar que “*BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA. al verse obligado a cambiar su domicilio social, se quedó con cantidad de papelería la cual tenía timbrada la dirección en la que laboró y en la que luego entra a funcionar la empresa de la competencia.*” (fl. 26 del escrito de recurso). Así mismo, también se aprecia lo que ya ha manifestado este Despacho como un “error de atención” en la persona que redacta el contenido de una carta, pues si en el documento se lee claramente que se dirige a BAÑOMOVIL DE COLOMBIA S.A. y se envía a la dirección de BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA. esto no quiere decir que se esté confundiendo la identidad de los establecimientos, sino más bien se evidencia un error de atención por parte de quien redacta o entrega tal correspondencia. Cítese como ejemplos la comunicación de la Asociación de Ministros Cristianos Evangélicos del Valle, obrante a fl. 0759 del expediente, -en la cual por demás no aparece la dirección del destinatario-dirigida a BAÑO MOVIL DE COLOMBIA, Atn., Dr. Carlos Robles y que fue recibida en BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., o el contenido del escrito firmado por la representante legal de BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., dirigido a COMFANDI, en el cual señala que “*La remisión viene a nombre de BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A. Pero con la dirección de nuestra sede (...)*” (A folio 0760 del expediente).

Por último, este Despacho desea hacer claridad en cuanto a que la asociación internacional “Portable Sanitation Association International - P.S.A.I. no fue objeto de confusión, como en forma contraria lo manifiesta la impugnante, pues la actuación del ente en mención de cambiar el nombre del afiliado obedeció a la información de actualización enviada por el señor ROBLES MEJIA, tal como consta en el acervo documental del expediente.

5 Competencia desleal por actos de engaño

La recurrente alega en este aparte la circunstancia según la cual en el aviso publicado en el periódico El País de marzo de 1998, el anunciante BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A. no realiza mención alguna sobre la existencia de otra sociedad que se dedica a la misma actividad comercial, -refiriéndose a BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE S.A.-, además a que se leen dentro de su contenido, expresiones como: “*continuamos*”, “*nuestra experiencia*”, lo cual en su criterio da a entender “*que la empresa ha desarrollado dicha experiencia a través del tiempo*”.

En esta materia, el Despacho considera que la “publicidad” realizada por Carlos Enrique Robles Mejía como Gerente General de la nueva empresa BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A. no utiliza o difunde indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, por el hecho de no haber incluido como lo menciona la recurrente “*algún elemento diferenciador claro que evite asomo alguno de confusión (...)*”, pues resulta apenas evidente que un anunciador no va a realizar publicidad gratuita directa o indirecta a un competidor, señalando para ello que la empresa que se publicita no es la otra empresa que tiene la misma actividad de negocios.

En cuanto a las expresiones: “*Que continuamos prestando el servicio de alquiler y venta de baños portátiles*”, este Despacho no evidencia una información incorrecta o falsa que induzca a error al consumidor, toda vez que la misma no es falsa ni incorrecta, ya que el Gerente General Carlos Enrique Robles Mejía que aparece en la primera línea, del primer párrafo del aviso publicitario “INFORMA” tal circunstancia, la cual es cierta ya que él se desempeñó en esta actividad de los negocios; en este orden de ideas, tal mención de “que se continúa” es consecuente con su experiencia de trabajo y con la calidad de Gerente General que detenta dentro de la sociedad BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A.

"Por la cual se resuelve un recurso"

6 Actos de descrédito

En opinión de la denunciante y ahora recurrente, la conducta motivo de investigación que desacreditó a BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., consistió en que por medio de comunicación dirigida a la Sociedad de Mejoras Públicas de Cali el señor Carlos Enrique Robles Mejía realizó afirmaciones¹⁰ que le hicieron perder crédito a aquella.

La comunicación dirigida a la Sociedad de Mejoras Públicas de Cali, lo que deja apreciar es que el firmante de la misma, el señor Carlos Enrique Robles Mejía, enseña las ventajas de un servicio sanitario mejorado, en procura claro está de obtener el favor de la clientela, y de la mejor prestación de un servicio.

Traigamos algunos apartes de dicha comunicación:

"Para este nuevo período administrativo, nos gustaría que estudiáramos un programa ambicioso que transformaría la ciudad de Cali y al Valle del Cauca como líder en Colombia en la prestación de este servicio que tanta falta hace a la ciudad y a su comunidad, poniéndola a la altura de ciudades como París, New York y Hong Kong que usan este sistema hace algunos años.

"Dentro de nuestra experiencia de un año la queja más frecuente ha sido el color de los baños, un verde aguamarina demasiado vistoso que no permite mimetizar este elemento dentro de los demás del paisaje urbano, por el contrario hace que este servicio que algunos consideran muy íntimo, resalte a la vista de todos. Estamos realizando en el momento la importación de baños color arena de acuerdo a las sugerencias de la sociedad de la Sociedad de Mejoras Públicas de Cali para corregir el problema".
(Subrayas fuera del texto).

A pesar que la recurrente no comparte el criterio que lo manifestado por el señor ROBLES MEJIA es un juicio de valor, tal como si lo sigue concibiendo y apreciando este Despacho, del contexto de la anterior afirmación no se aprecia un acto de descrédito en relación con la actividad o con las prestaciones o con el establecimiento ajenos toda vez que el hecho de indicarse que se ofrece un baño móvil de color arena¹¹, que resulta menos llamativo que un baño móvil de color aguamarina¹², denota una afirmación apreciativa visualmente que no tiene elemento negativo alguno: ésta depende del juicio de valor y del gusto apreciativo del observador. Tanto ésta como las demás aseveraciones contenidas en dicho documento, muestran las ventajas que en criterio del autor del documento tiene el servicio ofrecido al público, sin que se haya probado a lo largo del expediente que esta aseveración, -y las demás contenidas en el documento en cita-, fuesen incorrectas o falsas o que en efecto generaran un descrédito a la actividad, la prestación del servicio o al mismo establecimiento de BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., al ser inexactas, equivocadas o impertinentes.

Nótese que el contenido de la comunicación atrás citada destaca frente a un posible contratista de baños portátiles, las deficiencias que se han podido apreciar en la prestación de este servicio de sanidad portátil, las cuales han sido observadas en el transcurso de la experiencia lograda y adquirida por el señor Robles Mejía, lo cual no puede resultar censurable. Se reitera por este Despacho que no se puede pretender que una persona que se ha desenvuelto en un campo determinado o en un ramo de negocios, se desprenda y olvide los conocimientos logrados a través de su experiencia laboral.

¹⁰ Documento obrante a fls. 162 a 165 del expediente.

¹¹ Véase foto de baño ofrecido por Baño Movil de Colombia S.A., obrante a fl. 227 del expediente.

¹² Véase foto de baño ofrecido por BañoMovil de Occidente Ltda., obrante a fl. 55 del expediente.

“Por la cual se resuelve un recurso”

7 Otras consideraciones

A lo largo de su escrito la recurrente plantea y concluye que esta Superintendencia se extralimita en sus funciones y que entra a decidir aspectos que no son de su resorte, citando para ello la intromisión en el ámbito de la acción civil incoada ante la jurisdicción ordinaria para la protección del nombre comercial.

En primer lugar, es conveniente recordarle a la recurrente que la acción que se ha venido tramitando en esta investigación es obvia y claramente de competencia desleal y que por tanto, los efectos de la decisión que se adopte en esta instancia están claramente delimitados a tal materia. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que en el desarrollo argumentativo y considerativo de toda esta actuación se hayan desarrollado criterios y conceptos que tocan con el ámbito de los derechos sobre los signos distintivos y con ello en relación con los derechos de propiedad industrial, pues precisamente el caso que nos ha ocupado tenía como una de las conductas a investigar la posible confusión generada en los términos del artículo 10 de la Ley 256 de 1996, al haber utilizado la sociedad denunciada en su denominación societaria, parte de un nombre que estaba siendo empleado por la sociedad denunciante.

En este orden de ideas, resulta más que evidente que este Despacho deba necesariamente emitir conceptos y apreciaciones en torno de la temática antes mencionada.

Por consiguiente, resulta un evidente error de interpretación el que realiza la recurrente, pues el Superintendente de Industria y Comercio en ejercicio de las precisas funciones jurisdiccionales que le asisten para fallar este y otros asuntos de competencia desleal que se le presenten a su conocimiento, en virtud de lo dispuesto en los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, profiere decisiones de fondo en materia de competencia desleal y no en otros ámbitos de jurisdicción como el citado por la recurrente.

Es apenas de claridad meridiana que los procesos que se entablen ante otras jurisdicciones bien la penal o la civil en vía ordinaria que se inicien en procura de la defensa de derechos de propiedad industrial tienen identidad y efectos propios en cada uno de sus resortes competenciales. En este orden de ideas, es claro que los efectos de un fallo que se emite dentro de un proceso investigativo están dados por regla general respecto de las partes en *litis* y de acuerdo con las normas legales que se hayan invocado para poner en movimiento la instancia jurisdiccional.

En estos términos se resuelve el recurso presentado y

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: ACLARAR que los efectos de la decisión por competencia desleal relativos a los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Ley 256 de 1996, contenidos en la Resolución número 33102 de 2001 se predicen respecto de las sociedades BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA. y BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A., con independencia de las personas naturales que ejerzan la representación legal de cada una de ellas.

ARTICULO SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus demás partes la decisión contenida en la Resolución número 33102 de 2001.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora MARÍA LILIANA GUTIÉRREZ MEJÍA, apoderada de la sociedad BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA., entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra esta no procede recurso alguno habiendo quedado agotada la función jurisdiccional de esta Superintendencia, para el asunto puesto en consideración.

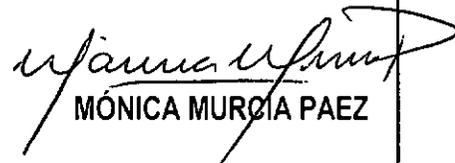
“Por la cual se resuelve un recurso”

ARTICULO CUARTO: COMUNICAR el contenido de la presente decisión al doctor JAVIER GONZÁLEZ NARANJO, apoderado de las sociedad BAÑO.MOVIL.DE COLOMBIA S.A.

NOTIFÍQUESE , COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **22 ENE. 2002**

La Superintendente de Industria y Comercio (e)


MÓNICA MURCIA PAEZ

Notificación:

Doctora:
MARIA LILIANA GUTIERREZ MEJIA
C.C. No. 51.706.151 de Bogotá
Apoderada parte denunciante
BAÑOMOVIL DE OCCIDENTE LTDA.
Carrera 11 B No. 30 - 24
Santiago de Cali - Departamento del Valle del Cauca

Comunicación:

Doctor:
JAVIER GONZALEZ NARANJO
C. C. No. 16.677.999 de Cali
Apoderado parte denunciada
BAÑO MOVIL DE COLOMBIA S.A.
Avenida 3 Norte No. 8 N - 02 Edificio Centenario I Oficina 516
Santiago de Cali - Departamento del Valle del Cauca

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL AD-HOC
CERTIFICA

Que fue remitido despacho comisorio No. 199
Dirigido a la alcaldia municipal de Call

El día
Con el fin de notificar el contenido de la presente
Resolución conforme a lo dispuesto en el código
contencioso administrativo.