



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 00378 DE 2002

(18 ENE. 2002)

Por medio de la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Mediante escrito radicado en esta Entidad el veintidós (22) de noviembre de 2001 bajo el número 99081004-00020017, el doctor Luis Eduardo Nieto Jaramillo, obrando en calidad de apoderado especial de FELIPE SANTOS CALDERON, presentó recurso de reposición contra la decisión contenida en la Resolución 37018 del 9 de noviembre de 2001, mediante la cual esta Superintendencia decidió una investigación por competencia desleal y se interpuso una sanción pecuniaria de \$35.000.000. El recurrente pretende que se modifique dicha providencia en relación con el monto de la sanción impuesta, y en su lugar se profiera una decisión en la cual se revoque o reduzca sustancialmente el monto de dicha sanción.

El recurso se fundamenta de la siguiente manera:

"Desproporción de la sanción frente a la práctica desleal"

En primer lugar consideramos que el monto de la sanción impuesta no es concordante ni proporcionada con la conducta sancionada, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

La práctica sancionada

No obstante la resolución de la investigación en cuanto a la determinación de la existencia o no de una conducta de competencia desleal, consideramos que el despacho, al momento de determinar el monto de la sanción, no tuvo en cuenta las siguientes circunstancias:

(i) La práctica se redujo a una única vez. La práctica investigada fue desarrollada por mi poderdante una única vez en el mes de diciembre de 1998. Es decir no se constituyó en una práctica reiterada, continua, constante, que deslumbrara claramente la intención del sancionado en utilizar dicha práctica a largo plazo; menos aún y alejada de la realidad dicha intención, al manifestar claramente mi representado en su declaración que reposa en el expediente, al manifestar que tanto la Alcaldía como el IDCT sabían de la organización del evento con toda la anticipación del caso, afirmación que no fue nunca controvertida o negada por el IDCT. Se estaría ante otra circunstancia si palpablemente se hubiese probado la organización de un sinnúmero de eventos que demostrara claramente la intención. El caso bajo investigación está muy alejado de dicha connotación. Adicionalmente, el evento se denominó NOVENAS AL PARQUE, evento nunca realizado por el IDCT.

Por medio de la cual se resuelve un recurso

(ii) Efectos en el mercado: En teoría, si la práctica investigada no tiene efectos en el mercado no debería imponerse una multa, sin perjuicio de las instrucciones y obligaciones de no hacer, precisamente para evitar dichos efectos. Es decir, en teoría la imposición de la multa está condicionada a que exista un efecto en el mercado que haya generado la desestabilización del mismo o que introduzca un perjuicio real; lo cual creemos que no se presentó de ninguna forma. Dado que la conducta de mi representado no tuvo efectos en el mercado y no se probaron el expediente, la multa sino es injusta, es altamente desproporcionada sin dejar de lado su eventual revocatoria.

(iii) Existencia de la confusión: Si bien la Superintendencia concluye que el sancionado incurrió en una conducta que tuvo la potencialidad de crear confusión en el público consumidor no quedó probado dentro del expediente, que dicha confusión se haya efectivamente dado. Lo anterior por cuanto no existe dentro del expediente ni una sola prueba que determine que se creó la confusión a un solo consumidor.

(iv) De otra parte, concluye a su vez la Superintendencia que la conducta de mi representado tuvo la potencialidad de explotar la reputación del IDCT, resumiendo la explotación a la utilización de la expresión NOVENAS AL PARQUE, por considerar los eventos AL PARQUE del IDCT como notorios y ampliamente aceptados por el público consumidor. Sin perjuicio de la temporalidad del evento realizado por mi poderdante (diciembre de 1998), la Superintendencia basa ampliamente sus argumentos en las Resoluciones de la División de Signos Distintivos por medio de las cuales negó los registros marcarios de las expresiones NOVENAS AL PARQUE y ROCK AL PARQUE. No obstante la Superintendencia omite analizar que las resoluciones, a la fecha de expedición de la Resolución atacada e interposición del presente recurso, no están en firme por cuanto están en proceso de decisión por parte del Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial, y si estuvieran en firme, está condicionada su aplicación al momento de la realización del evento NOVENAS AL PARQUE (Diciembre de 1998). Tal y como se desprende de su texto, dichos actos administrativos hacen alusión, entre otros, a actos y eventos AL PARQUE realizados por el IDCT mucho después de diciembre de 1998, lo cual puede o no haber generado la eventual notoriedad de la reputación comercial del IDCT. En este orden, consideramos que la potencialidad de la explotación de la reputación ajena se atenúa con la simple confrontación de las fechas de los eventos y la parte considerativa de las resoluciones de la División de Signos Distintivos en apelación.

(v) La condición competitiva del sancionado como persona natural. Respetando la posición de la Superintendencia, no puede dejar de tener algún peso el hecho que el sancionado sea una persona natural y no una empresa. El peculio de una persona natural como mi representada, bajo la cual las actividades comerciales no tienen un hilo conductor dedicado y constante a la organización de eventos como los revisados en la investigación, hacen mucho más gravosa una sanción de \$35.000.000. El desarrollo del objeto social de una sociedad dedicada permanentemente a actividades se separa objetivamente de la actividad comercial que una persona natural pudiese ejecutar. Mi poderdante, tal y como lo mencionó en su declaración es una persona independiente y a la cual está directamente enfrentada la competencia del Estado, con toda su capacidad financiera y de despliegue. Ejemplo de ello fueron las declaraciones del IDCT en el sentido de determinar que la financiación de los eventos estaba supeditada al músculo económico del Distrito Capital. En este orden, pagar una sanción de \$35.000.000 por parte de una persona natural es económicamente excesivamente gravosa.

Por medio de la cual se resuelve un recurso

(vi) El sancionado como competidor. Al igual que el aspecto anterior, consideramos que también debe pesar en la proporcionalidad de la sanción, que el sancionado es quizás el promotor más importante que ha tenido el país en temas de espectáculos desde hace más de veinte años, circunstancia que se ha venido a menos, tanto por la situación económica actual (conocida por todos), como por la dificultad y altos costos que implica actualmente la contratación de artistas internacionales de cierto nivel. Dicha circunstancia, reconocida expresamente en el expediente por Hector Mora, experto en rock y funcionario del IDCT, no deja de ser afectada en demasía con una sanción de \$35.000.000. De mantenerse una sanción de \$35.000.000 afectaría de forma total la mínima capacidad competitiva de cualquier persona natural.

(vii) Efecto en el mercado. De otra parte, la sanción debe tener así mismo una función ejemplarizante, tal y como lo dictaminan las disposiciones sobre la materia. Pero una sanción de \$35.000.000 no es para mi poderdante una circunstancia ejemplarizante, sino todo lo contrario. Teniendo en cuenta la temporalidad del único evento, la potencialidad de la confusión (no probada) y el aprovechamiento de la reputación en diciembre de 1998, se reduce al efecto de la sanción, a afectar, por no decir perjudicar, de una forma terminante la condición económica y por demás competitiva del sancionado, sin que a la fecha se tenga la seguridad de su cumplimiento.

La motivación del acto sancionatorio

De otra parte, salta a la vista la falta de motivación de la Resolución con el fin de imponer la sanción en \$35.000.000. Si bien la Superintendencia tiene la facultad de imponer sanciones hasta por 2000 salarios mensuales legales vigentes, no es menos cierto que la gradualidad de la sanción debe ser debidamente motivada, atendiendo a la razonabilidad entre la condición del sancionado, la realidad de las circunstancias investigadas y la objetividad y propósito de la sanción. Dicha motivación fue omitida por el acto de la Superintendencia, lo cual a la luz de la jurisprudencia, lidia con lo subjetivo y caprichoso.

Ha sido reiterada la jurisprudencia, incluida aquella emanada de su propio Despacho, en la cual se determina con transparencia y legalidad, los motivos debidamente sustentados y probados, con base en los cuales se tasa el monto de una sanción. No se discute la sanción en si misma considerada, sino la metodología o procedimiento de análisis, para luego llegar a la determinación de la proporción que logre el objetivo sancionatorio del Estado. Una sanción sin motivación en su proporción, no sólo ignora el estado de derecho sino que tiene la peligrosidad de generar efectos nocivos tanto en su aplicación individual como en el efecto en la comunidad.

Para solo citar los ejemplos encontrados, la Superintendencia ha motivado el monto de la sanción en casos tales como la Lonja de Propiedad Raiz, Luque Ospina y demás firmas inmobiliarias, Aviatur y demás agencias de turismo y Donucol Ltda. En dichas investigaciones, la norma que faculta a la Superintendencia imponer sanciones es la misma, pero motiva debidamente la proporción de la sanción. En este orden de ideas, es claro que el acto sujeto de reposición no contiene la motivación según la cual el Despacho haya llegado objetivamente al monto de la sanción impuesta; circunstancia contradictoria con la jurisprudencia y precedentes de esa misma autoridad.

La jurisprudencia que establece la obligatoriedad de la motivación, para referencia de su Despacho, es, entre otra, emanada del Consejo de Estado (Nov. 22 de 1951, julio 4 de 1984, agosto 30 de 1977), según la cual "la motivación debe ser seria, adecuada o suficiente e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende, rechazándose así la que se limita a expresar fórmulas de comodín o susceptibles de ser aplicadas en todos los casos. Estas fórmulas se estiman insuficientes y el acto que las pretende como justificación,

Por medio de la cual se resuelve un recurso

carente de motivación". Consejo de Estado (agosto 30 de 1977). Así mismo el Consejo de Estado ha dicho "En lo que se refiere a los motivos ha expresado la Corporación que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determinen a tomar una decisión". Consejo de Estado (julio 4 de 1984). En la restante jurisprudencia, la máxima autoridad contenciosa recalca: "cuando una agente público está obligado a motivar su acto, debe hacerlo, bajo pena de nulidad".

En conclusión, la resolución atacada carece de motivación a la hora de determinar el monto de la sanción impuesta, lo cual deja al sancionado en un posición de debilidad jurídica al no tener de forma objetiva los elementos serios, adecuados o suficientes e íntimamente relacionados con la decisión, para determinar la razonabilidad, legalidad y objetividad de la sanción de \$35.000.000.

En este orden de ideas, solicitamos de forma respetuosa a la Superintendencia que analice las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como la condición de mi representada y la concreción de la finalidad ejemplarizante de los objetivos del Estado, a fin de revisar la sanción impuesta y revocarla por no tener elementos objetivos de motivación, o bien reducirla sustancialmente para atender a la objetividad de un competidor como persona natural y el efecto de real de la práctica en el mercado."

SEGUNDO: Es importante retomar la conducta sancionada en la Resolución recurrida para luego sí entrar a analizar los argumentos expuestos por el denunciado en el mencionado recurso.

I. CONDUCTA SANCIONADA

1 El IDCT es un establecimiento público que tiene la función de difundir y promover las artes y la cultura, para lo cual organiza y realiza desde 1995 diversos eventos culturales en espacios abiertos o cerrados, los cuales se financian a través de la publicidad que se exhibe en cada evento. Los anunciantes exponen sus marcas en los escenarios, de tal manera que sean asociados por los consumidores como empresas que contribuyen con la realización de espectáculos y cultura.

2. El IDCT ha organizado los siguientes eventos:

Evento	Año
Salsa al parque	1997
Rock al parque	1995-96-97-98-99
Jazz al parque	1996-97- 98
Rap al parque	1998
Opera al parque	1998
Ballet al parque	1999
Cine al parque	1999
Filarmonica al parque	1999
Sinfónica al parque	1999

Por medio de la cual se resuelve un recurso

3. Felipe Santos Calderón realizó en diciembre de 1998, una serie de eventos denominados "Novenas al Parque", las cuales se realizaron en los parques de Usaquén, de la 93, Lourdes, Simón Bolívar y Mundo Aventura. Dichos eventos cumplieron con las características de los eventos realizados por el IDCT, que son: a) La realización de los eventos en parques de la ciudad; b) Publicidad de los eventos en diferentes medios de comunicación; c) La entrada gratuita a los eventos realizados; y, d) La denominación "Al Parque" de dichos eventos.

4. Luego de evacuadas todas las etapas de la investigación, el Despacho consideró que la conducta realizada por el señor Felipe Santos Calderón constituyó un acto de competencia desleal al infringirse los artículos 10 y 15 de la Ley 256 de 1996, que se refieren a actos de confusión y a actos de explotación de la reputación ajena respectivamente.

II ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Es importante tener en cuenta que el recurso que nos ocupa pretende que la resolución sancionatoria sea modificada en lo que tiene que ver con el monto de la sanción impuesta, esto es, que se revoque o se disminuya. Por tanto, es claro para este Despacho que no se estudiarán los argumentos encaminados a desestimar las razones que llevaron a declarar la conducta desplegada por el denunciado como una conducta de carácter desleal de acuerdo con los postulados de la Ley 256 de 1.996.

En adelante, se resolverán todas las cuestiones planteadas y las que surgen con ocasión del recurso, siguiendo para ello el orden en que fueron presentadas:

1. Desproporción de la sanción frente a la práctica desleal- La práctica sancionada

- La práctica se redujo a una única vez

Es cierto, tal como lo esgrime el denunciado, que la práctica investigada y sancionada sólo se presentó por una única vez, lo cual, si bien no exime de sancionabilidad la conducta, hace que la situación sea menos gravosa.

La duración de la conducta es uno de los factores que permite medir el daño causado al sistema de competencia; en el caso sub examine, tenemos que la conducta se realizó durante un período de tiempo determinado: el correspondiente a las novenas, esto es, del dieciséis (16) al veinticuatro (24) de diciembre de 1998.

En este caso, si bien se trata de nueve (9) días de espectáculo, es necesario tomar el evento como un todo, una unidad, puesto que las novenas por su naturaleza y como su nombre lo indica, es una actividad típicamente decembrina que se desarrolla en el lapso indicado.

- Efectos en el mercado

El objeto de la Ley 256 de 1996 consagrado en su artículo 1 reza: "Sin perjuicio de otras formas de *protección*, la presente Ley, tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado..."

Por medio de la cual se resuelve un recurso

De lo anterior es evidente que las normas de competencia desleal buscan la *protección* del mercado y de sus agentes, garantizando el libre y leal desenvolvimiento de los mismos. Desde ningún punto de vista es admisible considerar como requisito sine qua non para imponer una sanción que la conducta desplegada por un agente genere desestabilización en el mercado o que produzca un perjuicio real. De ser así, sólo se cumplirían funciones represivas y no preventivas o de protección como señala la norma.

También es cierto, que otro de los criterios recomendados para la graduación de las multas es el impacto que tuvo la conducta frente a los competidores y frente al mercado en general, esto se mide teniendo en cuenta la participación que tiene el agente sancionado en el mercado.

En este sentido, tenemos que efectivamente el denunciado obtuvo un aprovechamiento de la reputación del IDCT, situación debidamente probada en el curso de la investigación. En lo que tiene que ver con los actos de confusión, la conducta tuvo el objeto de producir el resultado determinado en la norma, sin que se produjera el efecto descrito en la misma, en estos casos la afectación de la competencia es mínima, pues el acto no alcanzó a desplegar sus resultados sobre el mercado.

- Existencia de la confusión

Es cierto, como lo esgrime el inconforme, que la conducta tildada de desleal por parte de este Despacho fue por objeto y no por efecto, razón esta que es aceptable para considerar una disminución en el monto de la sanción.

- Potencialidad de la explotación de la reputación del IDCT

El recurso de reposición sólo se interpuso en contra del numeral cuatro (4) de la Resolución, razón por la cual, las demás decisiones contenidas en el mencionado acto administrativo no son susceptibles de reponer.

El numeral segundo (2) de la resolución declara que la conducta realizada por el denunciado es ilegal por tratarse de un acto de explotación de reputación ajena (artículo 15 de la Ley 256 de 1996). Por las razones expuestas, resulta inocuo que el recurrente trate de desvirtuar la ilegalidad de la conducta en el presente estado procesal.

- Condición competitiva del sancionado y el sancionado como competidor

La Superintendencia tuvo en cuenta la calidad de persona natural del denunciado por cuanto la sanción establecida fue de treinta y cinco millones de pesos (\$35.000.000), lo cual equivale a ciento veintidós (122) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, incluso muy por debajo del límite máximo hasta el cual está facultado el Superintendente.

2. La motivación del acto sancionatorio

La acción de competencia desleal permite sancionar aquellas conductas que sean contrarias a los usos del comercio y a la honestidad profesional. La competencia desleal es la violación de un deber o la transgresión de un derecho privativo. El Estado, frente a un comportamiento contrario a la leal forma de competir debe intervenir para ejercer un control de esos actos. Con ello se pretende, además, implementar las "reglas de juego" de la competencia.

Por medio de la cual se resuelve un recurso

Por otra parte, en desarrollo de sus funciones, la Entidad debe garantizar que exista transparencia en el mercado en el que los contrincantes dentro del tráfico mercantil se desenvuelven, velar porque sus actuaciones sean leales y estimular la protección de la leal competencia. En consecuencia, acorde con estos principios, es su obligación entrar a restablecer el equilibrio y la armonía entre los competidores cada vez que los encuentre vulnerados, con el fin de salvaguardar no solo el interés de los afectados, sino el interés general y el de los consumidores.

Así, la sanción como forma de represión al infractor de las normas de competencia desleal, está determinada por un monto que represente la justa y equitativa medida entre la conducta ilegal y su impacto respecto del bien jurídico tutelado. Por ello, esta Superintendencia discrecionalmente ejerce un control de oportunidad dentro de los límites razonables, en el entendido que los fundamentos para imponer la sanción comprenden la incidencia que tuvo respecto de la vulneración de los intereses protegidos.

Ahora bien, el juicio de proporcionalidad de la sanción es necesariamente individual, y la sanción que se imponga debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se le imputa. Efectivamente, el Despacho resuelve cada caso de acuerdo a la relación existente entre la falta cometida y la sanción a imponer, para lo cual cuenta con el poder discrecional que le otorga la ley.

El Decreto 2153 de 1992 señala expresamente los límites máximos bajo los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio puede imponer las sanciones en caso de que se violen las normas de protección a la competencia, dejando al mismo tiempo, en libertad al Despacho de establecer la sanción que considere pertinente en cada caso particular.

De otro lado, debemos aclararle al inconforme que no se debe confundir la obligatoriedad de la motivación de la decisión de sanción con la motivación del monto de la misma. El primer criterio difiere diametralmente del segundo. En el caso bajo examen, el fallo proferido contiene una debida motivación y esto no es discutible. En lo que respecta a la sanción, no existe obligación legal de motivar el monto en el correspondiente fallo, razón por la cual, dicho argumento no tiene la potencialidad ni el efecto de lograr la reposición pretendida.

III CONSIDERACIONES FINALES

Luego de analizar los argumentos del recurrente, este Despacho acoge y reconoce que la conducta sancionada se presentó por una sola vez, lo cual sumado a la modalidad de la conducta realizada, constituye un atenuante del impacto sufrido por el mercado.

En atención a lo anterior, esta Superintendencia,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Reponer el numeral cuarto (4) de la decisión contenida en la Resolución 37018 del 9 de noviembre de 2001, el cual quedará de la siguiente manera:

"ARTICULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a Felipe Santos Calderon por la suma de diecisiete millones ciento sesenta mil pesos m/cte (\$17.160.000), equivalentes a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Por medio de la cual se resuelve un recurso

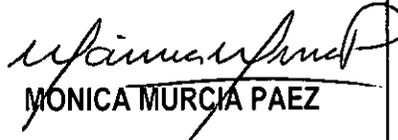
PARAGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, sucursal Bogotá, cuenta No. 050-001110-6, código rentístico número 03 a nombre de DTN Superintendencia de Industria y Comercio, cuenta de recaudo nacional (formatos prenumerados) y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de esta resolución".

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente a los doctores Luis Eduardo Nieto Jaramillo y Jorge Bernardo Jaeckel Kovacs, en su condición de apoderados de Felipe Santos Calderón y del Instituto Distrital de Cultura y Turismo, respectivamente, el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que ha quedado agotada la vía gubernativa.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 18 ENE. 2002

La Superintendente de Industria y Comercio (e)


MONICA MURCIA PAEZ

NOTIFIQUESE:

Doctor
LUIS EDUARDO NIETO JARAMILLO
Apoderado
FELIPE SANTOS CALDERON
C.C.79.147.155 de Usaquén
Calle 70a No. 5-44
Fax. 2176096
Ciudad

Doctor
JORGE BERNARDO JAECKEL KOVACS
Apoderado
INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA Y TURISMO
Carrera 9 No. 94a - 32 Ofic. 308
Fax. 6227705
Ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 29 ENE. 2002
Notifíquese por MS ED. HIEIO
El contenido 7468-26
Inscripción 7M. 71.822

Handwritten signature

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL 10 8 ENE. 2002
Certifico que la resolución 878 de fecha 2503
fue notificada mediante edicto número 115 FEB. 2002
Edicto al 04 FEB. 2002 expedido el 115 FEB. 2002