



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Radicado 01075802 RESOLUCIÓN NÚMERO 03144 DE 2003
(31 ENE. 2003)

“Por la cual se resuelve una investigación por competencia desleal”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Como resultado de una averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el número 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992, mediante resolución 32582 del 28 de septiembre de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, debidamente facultada para ello, abrió investigación por competencia desleal contra la sociedad C.I. Calypso Flowers Ltda., por presunta comisión de actos de confusión y desviación de la clientela, previstos en la ley de competencia desleal.

SEGUNDO: Previa caución por parte de la sociedad denunciante en cuantía de Cincuenta Millones (\$50.000.000) de pesos, la Superintendente de Industria y Comercio expidió la resolución No. 33754 del 23 de Octubre de 2001, ordenando como medida cautelar a la sociedad C.I. Calypso Flowers Ltda. la suspensión del uso de la palabra “Calypso” dentro de su nombre comercial.

Dando cumplimiento a las medidas cautelares decretadas, la sociedad C.I. Calypso Flowers Ltda., comunicó a la Entidad mediante radicado 01075802-20008 del 22 de marzo de 2002, que por escritura pública No.584 del 13 de marzo de 2002, de la Notaría 9 de Medellín, registrada el 14 de marzo del mismo año ante la Cámara de Comercio de la misma ciudad, cambió su denominación social por C.I. Hany Flowers. Para tal efecto allegó los siguientes documentos: copia del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, en la que consta el cambio de nombre; copia de la expedición de duplicado del registro único tributario V2.3 (NIT) y copia de la cédula de ciudadanía de su actual representante legal¹.

TERCERO: En aplicación a los principios de contradicción² y al debido proceso, así como al derecho de defensa³ contemplado para este tipo de actuaciones, se notificó la apertura de la investigación y se corrió traslado al investigado para que aportara y solicitara pruebas; la parte denunciante solicitó la práctica de pruebas, las cuales fueron decretadas por la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante acto administrativo radicado bajo el número 01075802-20004 del 6 de febrero de 2002. Dentro del plazo otorgado por el Despacho, la sociedad denunciada no presentó ni solicitó pruebas.

Posterior a la comunicación de la sociedad denunciada en el sentido que dio cumplimiento a las medidas cautelares, la Delegada para la Promoción de la Competencia ordenó tener como pruebas documentales las presentadas por la denunciada, mediante radicado 01075802/20011/20012 del 20 de mayo de 2002, al igual que ordenó recibir la declaración de parte del representante legal de la sociedad denunciante, sin que éste compareciera, de lo cual quedó constancia en el expediente.

¹ Folios 151 a 167 del Expediente.

² Artículo 13 del C.C.A.

³ Artículo 29 de la Constitución Política.

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

Al igual, el 17 de septiembre de 2002, en auto radicado bajo el número 01075802/30002/30003, la Delegada para la Promoción de la Competencia, ordenó, de oficio, recibir la declaración de los testimonios solicitados por el denunciante.

Una vez culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

CUARTO: Tal como lo ordena el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, mediante oficio enviado el 29 de noviembre de 2002, se dio traslado a las partes del informe motivado para que manifestaran sus opiniones, que fueron las siguientes:

1. La parte denunciante:

"ALEGATOS DE CONCLUSION

"Yo, MAURICIO PATIÑO BONNET, mayor de edad, vecino de Bogotá, D.C., portador de la tarjeta profesional No.73583, reasumiendo el poder otorgado a mi por la sociedad AGRÍCOLA PAPAGAYO S.A. presento los siguientes alegatos de conclusión para que sean tenidos en cuenta en el momento del fallo.

"1. ACTOS DE CONFUSIÓN

"Hace bien el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia al considerar la conducta de la denunciada como un acto de confusión, toda vez que dicha sociedad conciente del gran reconocimiento que tiene en el mercado de las flores la sociedad CALYPSO S.A., quiso aprovecharse de su reputación haciendo uso indebido de su marca CALYPSO debidamente registrada ante la autoridad competente en Colombia; Superintendencia de Industria y Comercio. La intención de la denunciada no era distinta de la de crear confusión en el mercado, para así obtener un provecho resultante de dicha confusión.

"Los actos de confusión realizados por la sociedad denunciada se vieron reflejados en el mercado, toda vez que clientes de la sociedad CALYPSO S.A. confundidos con la 'aparición' de la nueva sociedad (la denunciada) se vieron obligados a contactar a CALYPSO S.A. para determinar su conexidad con la sociedad denunciada.

"Fue tal la preocupación de la sociedad CALYPSO S.A. que ésta misma (sic) se ofreció voluntariamente y de forma gratuita a correr con los costos de cambio de nombre de la sociedad denunciada, obteniendo una respuesta negativa. Esto demuestra la intención de apoderarse de la buena reputación ajena, de confundir en el mercado, la mala fe de la sociedad denunciada.

"La sociedad CALYPSO S.A. tuvo que informar a un inmenso sector del negocio de la flores sobres la indebida utilización de su marca CALYPSO, lo cual por supuesto generó altos costos, sin incluir el daño infinito que le causaba la sociedad denunciada al hacer uso indebido de su marca. Como bien aclara el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia en el informe motivado, la denunciada no desvirtúa ninguno de los hechos mencionados.

"La sociedad denunciada no solo tuvo conocimiento de las existencia (sic) de la marca registrada CALYPSO en el momento de constituir la sociedad, sino que cuando fue contactada por la sociedad CALYPSO S.A. reconfirmo (sic) su dolosa actitud. No fue producto del azar o de la coincidencia que la sociedad denunciada creara una sociedad con dicho nombre comercial, fue obra de la maquinación fraudulenta del competidor desleal que quiso aprovecharse de las buenas prestaciones mercantiles de la sociedad CALYPSO S.A. Todo esto orientado a que los consumidores de estos productos asociaran por confusión a una empresa con la otra.

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

"Como principio general, puede establecerse que el comerciante honesto debe evitar y 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.⁴ La conducta de la sociedad denunciada no solo encaja dentro de lo dicho anteriormente por el doctrinante GOMEZ LEYVA sino que vas más lejos, ya que no solo encuadra dentro del comerciante no diligente sino del comerciante que obra de mala fe. El comerciante diligente investiga antes de actuar y emplea todos los medios necesarios para entrar al mercado como un competidor leal. La sociedad denunciada conoce de la reputación de la marca CALYPSO y aun así ingresa al mercado para competir de forma parasitaria. De ésta manera (sic) la conducta de la sociedad denunciada ha sido ilícita desde que incursionó al mercado.

"Crear confusión con un competidor, sus establecimientos de Comercio, sus bienes, servicios o actividades, es uno de los medios desleales más dañinos, pues no solo perjudica al competidor víctima de la confusión, sino que también atenta contra los intereses de los consumidores, al inducirlos a adquirir bienes o servicios que no desean.⁵ (He subrayado)

"La libre competencia es un derecho constitucional y así lo expresa nuestra norma suprema en su artículo 333. De la misma manera el citado artículo dispone que aun (sic) habiendo libertad de competencia, éste como todos los derechos supone responsabilidades. El comportamiento de la sociedad denunciada va en contra de los principios de la libre competencia, adecuando su comportamiento a los preceptos de la ley 256 de 1996.

"La actitud de la sociedad denunciada no solo tuvo como objeto crear confusión dentro del mercado sino que su comportamiento doloso tuvo como efecto la generación de confusión. Muy importante es tener en cuenta que la confusión sí se presentó en el mercado, a tal punto que fueron sociedades distintas a la denunciante las que primero captaron la aparición en el mercado de la sociedad denunciada. En el archivo de pruebas se puede observar la comunicación enviada por CULTIFLORES- TAHAMI a CALYPSO S.A. donde hace evidente la confusión presentada.

"2. ACTOS DE DESVIACIÓN (sic) DE LA CLIENTELA

"De acuerdo al artículo 8 de la ley 256 de 1996 se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

"Se desprende del espíritu normativo que la intención de desviar clientela cuando no se utilizan medios adecuados, es decir leales, constituye una acción de competencia desleal.

"Así mismo lo menciona el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia de forma acertada en el informe motivado. De esta manera podemos entender que no es necesario que haya una desviación de clientela, ya que la mera intención de hacerlo utilizando medios deshonestos es de por sí un ilícito. La actitud de la sociedad denunciada, tuvo toda la intención de desviar la clientela, pero ésta actitud (sic) ilícita pudo ser detenida a tiempo por la sociedad CALYPSO S.A. que obrando como un verdadero comerciante diligente actuó de forma inmediata impidiendo así que daños aun mayores se ocasionaran.

"Prueba fehaciente del anhelo que tenía la sociedad denunciada de desviar la clientela son las

⁴ GOMEZ Leyva Delio. De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica" Cámara de Comercio. Pg 328.

⁵ JAECKEL, Jorge. Apuntes sobre Competencia Desleal. CEDECII. Pg 56.

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

cartas que ésta envía a diferentes productores de flores informándoles sobre su inicio de actividades. Estas pruebas reposan en el expediente que obra en su despacho.

"Los actos de la sociedad denunciada fueron actos dolosos potencialmente desviadores. Lo único que evito (sic) una desviación de la clientela fue la rápida acción de la sociedad **CALYPSO S.A.** Dice el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia acertadamente que debe acreditarse que la mentada desviación de la clientela se hace en contra de los usos honestos y las sanas costumbres mercantiles. La sociedad denunciada acomoda su comportamiento a lo dicho por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competenciaal: (sic)

"1. Utilizar de forma dolosa en su nombre comercial la marca **CALYPSO** de la sociedad **CALYPSO S.A.**

"2. Continuar con el uso indebido de la marca **CALYPSO** aun cuando la sociedad **CALYPSO S.A.** le informo (sic) sobre su titularidad y sobre el uso ilegal que le estaba dando.

"3. Negarse a la propuesta de la sociedad **CALYPSO S.A.** de cambiar su nombre comercial incluso cuando **CALYPSO S.A.** se ofrecía a cubrir todos los costos. Esto demuestra el conocimiento que tenía la sociedad denunciada del prestigio de la marca **CALYPSO**, de la intención que tenía la sociedad denunciada de confundir en el mercado y así desviar la clientela.

"4. Las comunicaciones enviadas a diferentes comerciantes de flores por parte de la sociedad denunciada son prueba fehaciente de la intención que tenía la sociedad denunciada de desviar la clientela de forma ilícita por medio de actos de confusión.

"Sin embargo, puede anotarse que la conducta más propicia para lograr la desviación de la clientela es la confusión en todas sus modalidades, bien del empresario, bien de sus prestaciones, bien de sus establecimientos; sin descartar que, igualmente, se logre a través del descrédito, de actos de engaños, de explotación de la reputación ajena, para no citar sino los de mayor aptitud para realizar el propósito.⁶ (He resaltado)

"Por lo dicho anteriormente vemos como (sic) la relación entre los actos de confusión, que son más que claros, como bien lo señala su despacho, tienen una relación de causalidad con los de desviación de la clientela. Si aceptamos que la desviación de la clientela utilizando métodos deshonestos constituye un comportamiento desleal y por ende reprimidos por el ordenamiento jurídico, pueden presentarse cuando se dan actos mentados a que esto ocurra. No podemos negar entonces que lo actos (sic) de confusión tiene que producir actos de desviación de la clientela o la intención de ello.

"Existen dentro del acervo probatorio varios indicios certeros de que la sociedad denunciada tuvo toda la intención de desviar la clientela ya que para ello no hizo cosa distinta a actos de confusión. La información enviada como promoción por la sociedad denunciada tiene la intención de desviar la clientela utilizando medio deshonestos ya que en ellos utilizan de forma dolosa la marca **CALYPSO**.

"La desviación de la clientela es un fenómeno común y normal desprendido de la libertad de competir en el mercado, ésta trae repercusiones positivas tanto para el consumidor como para las empresas que compiten, siempre y cuando sea de forma lícita (sic) y de acuerdo a los usos honestos. Consecuencias no solo contrarias sino dañinas trae consigo la desviación desleal de la clientela. El comportamiento de la sociedad denunciada tenía este propósito, lucrarse injustamente desviando la clientela de la sociedad **CALYPSO S.A.** por medio de actos de confusión.

⁶ GOMEZ Leyva Delio. De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica" Camara de Comercio. Pg 403.

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

"La oferta que hace la sociedad denunciada a los proveedores de flores es una muestra clara de la intención que tenía la sociedad denunciada de desviar la clientela de una forma desleal. 'La nueva norma (ley 256 de 1996) presenta un avance significativo al sancionar tanto la intención, como el efecto producido la conducta... en consecuencia, la desviación de la clientela de un competidor será desleal, cuando para tal fin se empleen mecanismos contrarios a las sanas costumbres mercantiles, o a los usos honestos en materia industrial y comercial.'⁷ (He resaltado).

"Es claro que la sociedad denunciada tuvo toda la intención de desviar la clientela utilizando mecanismo contrarios (sic) a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial. Veamos como la sociedad denunciada adecua su comportamiento a la norma:

"I. 'Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos...'" → "La sociedad denunciada al utilizar de forma dolosa la marca CALYPSO tenía como objeto crear confusión y así desviar la clientela.

"II. '... siempre que sea contraria a las sanas costumbres o a los usos honestos en materia industrial o comercial'" → "La utilización dolosa e indebido (sic) de una marca, el aprovechamiento de su reconocimiento en el mercado, constituye una violación a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial o comercial.

"III. Conclusión" → "Adecuación perfecta a la norma por medio de la actitud de la sociedad denunciada. Como consecuencia tenemos una desviación desleal de la clientela

"Hacemos especial énfasis en las páginas 9 y 10 del informe motivado donde se dice: 'En efecto, de las pruebas existentes en la investigación se pudo corroborar, por un lado, que las comunicaciones enviadas por la sociedad denunciada no contienen más que una información sustancial a los proveedores donde les informa el inicio de sus operaciones en el mercado. Lo que de ello se deriva es una oferta de la denunciada para tener participación en el mercado, ya que el cliente como destinatario final, es quien en últimas optará por la que más le convenga.'

"Se acepta en el informe motivado que la sociedad denunciada cometió actos de confusión por medio de la indebida y dolosa utilización de la marca CALYPSO. La confusión entendida como la acción de tomar una cosa por equivocación, (sic) hace que la oferta realizada por la sociedad denunciada no sea una oferta común. Estas ofertas no permiten que sea el destinatario final quien decida con quien (sic) contrata, ya que no estará en condiciones de diferenciar las dos sociedades puesto que los actos de confusión desplegados por la sociedad denunciada conllevarán a que el consumidor asocie una y otra empresa.

"Las ofertas de la sociedad denunciada son ilegales puesto que utilizan sin autorización una marca registrada y pretenden engañar al consumidor para así desviar clientela de la sociedad CALYPSO S.A.

"Se dice en el informe motivado que: 'En el caso bajo análisis, la oferta es presentada por C.I. Calypso Flowers Ltda. hoy C.I. Hany Flowers Ltda., a través de las diferentes comunicaciones

⁷ JAECKEL, Jorge. Apuntes sobre Competencia Desleal. CEDECII. Pg 52.

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

dirigidas al público consumidor, siendo el cliente quien haciendo uso de su libre albedrío mantiene de todas formas su liberts (sic) de escogencia, lo que implica que puede utilizar o no el servicio que se le ofrece. (He Subrayado)

"Hago especial énfasis en la parte subrayada ya que como se dijo anteriormente el consumidor no podrá escoger libremente puesto que creará que la sociedad denunciada es la denunciante. Por libertad de albedrío se entiende la posibilidad de obrar según su gusto o voluntad, sin sujeción o condición alguna. En el caso en estudio, ya que las ofertas realizadas por la sociedad denunciada son falsas, engañosas se está sujetando al consumidor a una condición; el creer que contrata con quien normalmente contrata es decir **CALYPSO S.A.** No permite la oferta engañosa de la sociedad denunciada que el cliente utilice su libre albedrío por que ésta (sic) desde un principio siendo engañado respecto de la parte que hace la oferta.

"Sin duda es natural que una empresa que va a participar en un mercado se promocióne con el fin de capturar clientes, lo que no es natural ni aceptado es que quiera captar clientes utilizando maniobras fraudulentas, en éste caso (sic) utilizar la marca **CALYPSO**, para hacerse pasar por la sociedad **CALYPSO S.A.** y así confundir al consumidor, desviando deslealmente la clientela de la sociedad **CALYPSO S.A.** Dice el informe motivado 'Obviamente tal conducta (promocionarse) es aceptable siempre y cuando se enmarque dentro de los preceptos legales y la facultad decisoria radique únicamente en cabeza del destinatario final de la oferta' Como ya dijimos la oferta realizada por la sociedad denunciada no encaja dentro de los precepto legales ya que utiliza sin autorización y de forma dolosa la marca **CALYPSO** y no permite que sea el destinatario final de la oferta sea (sic) quien decida, ya que aunque va a decidir no va a ser una decisión libre puesto que ésta (sic) sometida a una falsa apreciación de la verdad; creer que quien le ofrece es otra persona.

"3. COMPORTAMIENTO DESLEAL FRENTE AL PROCESO POR PARTE DE LA SOCIEDAD DENUNCIADA.

"Es de suma importancia que se tengan (sic) cuenta los siguientes hechos que demuestran la deslealtad de la sociedad denunciada frente al proceso.

"1. Por medio de la Resolución No. 33754 del 23 de octubre de 2001 la SIC (Superintendencia de Industria y Comercio) ordena a la sociedad denunciada eliminar de su razón social la palabra **CALYPSO**, obligando a dicha sociedad dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a hacerle llegar a la SIC el certificado de existencia y representación legal donde conste el cumplimiento de dicha orden. La sociedad denunciada tenía hasta el día 5 de diciembre de 2001 para cumplir con dicha obligación.

"2. La sociedad denunciada hace caso omiso de la orden de la SIC y no cambia su razón social. Sigue utilizando indebida y dolosamente la marca **CALYPSO**, realizando actos de confusión y de desviación de la clientela y por ende perjudicando a la sociedad **CALYPSO S.A.**

"3. Solo hasta el 14 de marzo de 2002 la sociedad denunciada cumple con la orden, luego de ser requerida por el SIC consecuencia de memorial presentado por **CALYPSO S.A.** Es decir 4 meses después, la sociedad denunciada cambia su razón social, lo que indica 4 meses más de realizar actos de confusión de desviar la clientela, de aprovecharse de la reputación ajena y de perjudicar a **CALYPSO S.A.**

"4. La SIC citó a la señora CAROLINA VARGAS en su calidad de Gerente de Exportaciones de la sociedad denunciada y como persona natural quien ejecutó conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia al elaborar y enviar las comunicaciones a los

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

cliente de que (sic) **CALYPSO S.A.** con el fin de crear confusión dentro del mercado y desviar la clientela, para que rindiera su testimonio. Esta citación fue enviada a la sociedad denunciada.

"5. La Sra. **CAROLINA VARGAS** tuvo conocimiento de ésta citación (sic) ya que por medio de memorial radicado en la SIC el día 30 de septiembre de 2002 informó que no seguía trabajando en dicha sociedad. Esto demuestra que la sociedad denunciada tiene conocimiento del paradero de la Sra. **VARGAS**.

"6. La sociedad **CALYPSO S.A.** de acuerdo al comunicado de la SIC aceptó correr con los costos de traslado de la Sra. **VARGAS** hasta Bogotá y dispuso para ello de un tiquete aéreo, tal como consta en el expediente. La sociedad denunciada conociendo el paradero de la Sra. **VARGAS** se negó a colaborar con la administración de justicia al no querer indicar el paradero de la Sra. **VARGAS** cuando obran en el expediente suficientes indicios que demuestran que la sociedad denunciada sabía del paradero de la Sra. **VARGAS**.

"7. La sociedad denunciada en varias ocasiones y especialmente en la audiencia de conciliación, dijo que los actuales propietarios de la sociedad denunciada habían comprado la sociedad sin saber que estaba en curso una demanda de competencia desleal. Lo cual no es disculpa alguna, ya que se adquiere la sociedad con todas sus contingencias, y un comerciante diligente investiga antes de actuar.

"8. En cambio si es sumamente grave ver como pretendían (sic) engañar a **CALYPSO S.A.** con éste falso argumento (sic). La audiencia de conciliación tiene como fin que las mismas partes lleguen a un acuerdo, que encuentren la verdad y con ella planteen las soluciones. Este comentario de la sociedad denunciada pretendía que mi cliente creyera que ellos obraban de buena fe. Todo lo contrario sucedía. Falso era que los dueños actuales de la sociedad no conocían de la demanda de competencia desleal en curso.

"9. En Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad denunciada con fecha 27 de junio de 2001 aparece la Sra. **LIBIA LUCIA MARTINEZ BOTERO** como socia de la sociedad denunciada. Quede claro que la sociedad tiene solo dos socios y es limitada, o sea una sociedad personalísima a diferencia de la sociedad anónima. Los miembros de la sociedad limitada son factor determinante para las personas que desean ser parte de una sociedad limitada. La señora **LIBIA LUCIA MARTINEZ BOTERO** además actuaba como gerente suplente.

"10. En Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad denunciada una vez inscrito el cambio de razón social a C.I. **HANY FLOWERS LTDA.** con fecha 15 de marzo de 2002, aparece la señora **LIBIA LUCIA MARTINEZ BOTERO** como socia de dicha sociedad y gerente suplente. Lo que nos muestra que la sociedad denunciada intentó engañar en la audiencia de conciliación a la sociedad **CALYPSO S.A.** aduciendo una supuesta buena fe ya que una de las socias de la sociedad tenía que conocer de la demanda de competencia desleal.

"De ésta (sic) manera comparto los argumentos de el (sic) Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia consistentes en que se debe sancionar a la sociedad denunciada por la comisión de actos de competencia desleal y así no dejar impune éste tan grave ilícito que tanto daño le hace a la industria legal en Colombia".

2. **La parte denunciada:**

"**LUIS AUGUSTO PEDRAZA COLMENARES**, abogado en ejercicio, e inscrito con Tarjeta

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

Profesional No 35.451 del Consejo Superior de la Judicatura, identificado con la cédula de ciudadanía No 19.243.685 expedida en Bogotá, obrando en mi condición de apoderado de la **SOCIEDAD C.I. HANY FLOWERS LTDA.** me permito descorrer el traslado del informe de fecha 29 de noviembre del año 2.002, presentado ante el señor Superintendente, expresando mis opiniones, explicaciones e inconformidad y desacuerdo con el mismo, así:

"DE LA CONDUCTA PRESUNTAMENTE VIOLADA:

"Norma presuntamente violada:

"Artículo 10 de la Ley 256 de 1.996, el cual consagra:

"Artículo 10. 'Actos de confusión. En concordancia con lo establecido por el punto 1° del numeral 3 del artículo 10 del convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1.994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos'.

"ARGUMENTOS Y CONSIDERACIONES DEL DELEGADO

"El Superintendente Delegado, mediante informe motivado concluyó, que la Sociedad denunciada, tuvo por objeto crear confusión en el mercado respecto de las prestaciones mercantiles, por las razones que ya se mencionaron.

"Analizó inicialmente la tipificación de la conducta, estableciendo los elementos mínimos que componen la norma, explicando que la potencialidad de ocasionar un daño como el resultado, son supuestos válidos para considerar una acción como desleal.

"Que en atención al concepto de confusión, la norma exige que mediante la realización de la conducta, se cree en EL PÚBLICO confusión. Teniendo en cuenta el significado de confusión, la conducta que señala el mandato legal, debe tener la magnitud, de hacer que el receptor de la conducta, elija una cosa con la convicción de estar eligiendo otra, de suerte, que se genere un efecto desorientador en el consumidor.

"Después de relacionar unos hechos que considera comprobados, conceptúa 'que teniendo en cuenta que la marca es la impronta, el signo perceptible que se aplica a un producto o servicio, para diferenciarlos de los demás, es claro que el empaque del producto constituye aplicación directa. Debe considerarse que la extensión de cobertura del registro de una marca, al igual que la utilización en el Comercio de una marca no registrada, no es censurable. La mas (sic) de las veces se observa que los comerciantes acuden a la práctica, un tanto arriesgada, de introducir al comercio un producto o servicio identificándolo con un signo, aún sin registrar, y que solamente al momento de producirse un buen impacto comercial proceden a su registro. No obstante, al momento en que ese usuario afecte derechos de terceros, la conducta pasa de ser inocua a ilícita'.

"Citó en su motivación la Decisión 486 del año 2.000, de régimen común de la propiedad industrial; conceptuó que la conducta de la denunciada, era susceptible de inducir al consumidor a confusión, sobre el origen empresarial de los productos amparados, bajo la marca en mención.

"Hizo relación al denominado 'riesgo de asociación', que se presenta como consecuencia del riesgo confucionista, en virtud del cual el consumidor no adquiere un producto o servicio por otro, sino que por la creencia errónea o por el parecido de las marcas, asume que son productos nuevos de un mismo origen empresarial y con una calidad determinada, factores estos, que condicionan su elección. Anotó que sobre el particular el Tribunal Andino de Justicia señaló:

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

"La distintividad, el segundo requisito, es la razón de ser de la marca, ya que es esta característica la que le permite diferenciar en el mercado de los productos o servicios ofertados por un empresario, de otros de la misma clase o similares que anuncian sus competidores. Si una marca llegan (sic) a confundirse con los signos de otro productor, este signo no permitiría que el producto tenga en el mercado su individualización propia, no será reconocida por los consumidores, ni será asociada con el producto que desea adquirir por parte del consumidor, por lo que no cumpliría el objetivo perseguido por su titular'.

"Afirma que dentro del expediente, obran documentos importantes constitutivos de hechos indicadores que hacen inferir al Despacho que la intención de la denunciada era la de causar confusión en el mercado, que valga decir en ningún momento fueron desvirtuados por la denunciada, como son:

"a.- El requerimiento de la denunciante a la sociedad C.I. CALIPSO FLOWERS LTDA (sic), hoy C.I. HANY FLOWERS LTDA, para que no siguiera utilizando dentro de su nombre comercial, la palabra CALYPSO, por ser ella su titular.

"b.- Las comunicaciones utilizadas por la denunciada a los proveedores de flores en la que utiliza dentro de su nombre comercial dicha marca.

"c.- La circular 01-2.001 de mayo 22, enviada por la denunciante a sus proveedores, frente al silencio por parte de la denunciada al requerimiento.

"Considera evidente la confusión generada en el mercado con la conducta pasiva de la denunciada, toda vez, que pese a la advertencia de la denunciante de no seguir utilizando la palabra CALYPSO dentro de su nombre comercial, esta (sic) asumió una actitud contraria que se refleja en las comunicaciones enviadas, a los posibles proveedores de flores, dentro de las que figura la de la Sociedad CULTIFLORES TAHAMI, aliada estratégica de INVERSIONES CALYPSO S.A., quien al recibirla se vio confundida hasta el punto que se contactó con la denunciante, para que le diera explicaciones acerca de si la sociedad investigada, utilizaba la marca nominativa CALYPSO, por tener licencia de su parte, o si por el contrario, los unía algún vínculo comercial para poder comercializar productos de la clase 42.

"Afirma que resulta probado en la investigación como indicio, que la sociedad denunciada utilizó la marca CALYPSO, dentro de su nombre comercial, hecho que de por sí (sic) solo no constituye prueba alguna de que se hayan violado las normas que protegen la leal competencia, pero sumado a las demás circunstancias, determina la existencia de una conducta ilegal.

"Deja en claro que para el caso que nos ocupa, la inducción a confusión, se presentó entorno (sic) de las prestaciones mercantiles de la sociedad INVERSIONES CALYPSO S.A., ocurrida con el signo distintivo de esta marca CALYPSO, que distingue a sus productos.

"FUNDAMENTOS DEL DISCENSO:

"En primer lugar citaremos los medios de prueba, en los cuales se basó el Delegado para su determinación:

"a.- El requerimiento de la denunciante a la SOCIEDAD C.I. CALYPSO FLOWERS LTDA, de fecha marzo 08 de 2.001, para que no siguiera utilizando dentro de su nombre comercial, la palabra CALYPSO, por ser ella su titular.

"b.- Las comunicaciones utilizadas por la denunciada a los proveedores de flores, en la que

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

utiliza dentro de su nombre comercial dicha marca.

"c.- La circular No 001 de mayo 22 del 2.001, enviada por la denunciante a sus proveedores, frente al silencio por parte de la denunciada, al requerimiento.

"d.- Comunicación enviada por CULTIFLORES TAHAMI, a la denunciada.

"-Respecto del literal a, MAURICIO PATIÑO BONNET, dirige escrito a CAROLINA VARGAS ECHEVERRI, expresándole que se refieren a la carta enviada por ella a CULTIFLORES TAHAMI, sobre la **INICIACIÓN DE OPERACIONES DE SU COMPAÑÍA**, indicándole que el 02 de noviembre de 1.984 por escrituras públicas Nos 66336 y 7429 se constituyó la SOCIEDAD INVERSIONES CALYPSO S.A., que en virtud de resolución No 9379 del 14 de marzo de 1.994, la Superintendencia de Industria y Comercio, concedió el registro de la marca CALYPSO, para distinguir servicios comprendidos dentro de la Clase 42.

"Que de acuerdo con certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, el día 01 de febrero del año 2.001, se constituyó la Sociedad SOCIEDAD C.I. CALYPSO FLOWERS LTDA.

"Que los hechos mencionados anteriormente configuraban los supuestos legales previstos en las normas jurídicas, sobre PROPIEDAD INDUSTRIAL, y generaban acciones legales de infracción de competencia desleal y penales por cuanto se vulneraban los derechos que tenía su representada INVERSIONES CALYPSO S.A.

"Que antes de incoar las acciones legales, su cliente les había solicitado contactar a su compañía con el fin de que elimine de su nombre comercial, la palabra CALYPSO.

"Es un escrito, dirigido por un presunto apoderado, conjuntamente con el (sic), no se anexa o acredita, (sic) el poder conferido, que hubiera hecho pensar o probar a la sociedad demandada, que en efecto se trataba, de un representante legal, de la mencionada empresa; tampoco se acredita la verdadera existencia de la sociedad denunciante, pues no se anexo (sic) copia de la escritura de constitución de la misma.

"Este escrito, de por sí, (sic) no obligaba dentro de la lealtad a la práctica comercial a encaminarse la Sociedad presurosamente, a prescindir de su nombre comercial, era menester iniciar ciertas gestiones para corroborar lo afirmado por el presunto Apoderado, (sic) es mas, (sic) mucho antes que el presunto apoderado de INVERSIONES CALYPSO, (sic) remitiera su escrito, ya la Representante Legal de C.I. SOCIEDAD C.I. CALYPSO FLOWERS LTDA, (sic) había iniciado las averiguaciones de antecedentes marcarios para legalmente inscribir su marca; por ello a finales del mes de abril envía oficio a la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitando los antecedentes marcarios, obteniendo respuesta el 07 de marzo del año 2.001; nuevamente envía solicitud el 16 de marzo del 2.001, en la cual procede a solicitar el registro de la marca Calypso flowers en la clase 31 de la Clasificación Internacional de Niza, obteniendo respuesta el 05 de abril de 2.001 (oficios que anexamos).

"Mediante comunicación de abril 05 de 2.001, la dra., PATRICIA MONTOYA TÉLLEZ, jefe del centro de documentación e información de la Superintendencia de Industria y Comercio, le envía los antecedentes marcarios a la dra., ANGELA MARIA RAVE MARTÍNEZ,

"Pero aún así, el Delegado de manera inequívoca interpretó erróneamente, el mencionado escrito, al cual le dio alcance de prueba inexistente, puesto que no es un medio idóneo para probar la presunta responsabilidad de la sociedad, en la comisión de una conducta de competencia desleal, sino que a lo sumo, para probar la materialidad o la existencia de la

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

presunta conducta investigada.

"Tampoco, es un medio idóneo y pertinente para probar los actos de confusión, ni como objeto, ni como efecto, obsérvese que simplemente le advierte de la existencia de una Sociedad, que utiliza, al igual que ellos, la palabra CALYPSO.

"De igual manera señor Superintendente, para su conocimiento y fines pertinentes, anexamos copia de la resolución No 00384, radicación No 93-384.267, emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual rechazan el recurso de reposición y apelación, interpuestos por el dr., MAURICIO PATIÑO BONNET, en contra de la resolución, mediante las cuales se le negó, la solicitud de registro de la marca CALYPSO, resolución emitida el 26 de enero de 2.000.

"No entiende, este Apoderado, (sic) si a fecha de enero del 2.000, aún se le estaba negando el registro de la marca CALYPSO, el Apoderado (sic) de la denunciante puede afirmar en su escrito que el registro de la marca CALYPSO, se realizó el 14 de marzo de 1.994. Este interrogante se lo dejo a su libre investigación.

"-Respecto del literal b, esto es aducir como medios probatorios del acto de confusión las comunicaciones enviadas por la denunciada; me permito citarlas para su análisis:

"Encabezadas por su logo o distintivo, va dirigida la primera a la dra., GLORIA ELSY OSORIO de CULTIFLORES TAHAMI, y en ella se le expresa 'me es grato informarle que C.I. CALYPSO FLOWERS LTDA. iniciará operaciones de COMPRA de flor a cultivadores nacionales en el mes de febrero, cuyo destino será el mercado exterior.

"Estamos (sic) interesados en hacerlo parte de nuestro grupo de proveedores.

"Conocemos (sic) su excelente calidad de flor y deseamos ser otro canal mas para las exportaciones de su producción.

"Cuando (sic) Usted lo considere conveniente, esperamos que nos envíe vía fax, copia de su certificado de registro ante el ICA, y ASOCOLFLORES, vigente, además de una lista de las variedades que quisiera ofrecer por medio nuestro y una carta en la que nos autorice para comercializar su flor.

"Sería (sic) un placer tenerlo como nuestro proveedor y amigo, estamos convencidos que debemos construir relaciones de largo plazo, con nuestros proveedores y por ello trabajaremos todos los días.

"No (sic) dude en contactarnos para responderle cualquier inquietud que pueda tener al respecto.'

"Igual contenido, se expresa en el oficio remitido a MILADIS OSORIO.

"Observe entonces, señor Superintendente, la claridad de la información, la denunciada simplemente, haciendo uso de su derecho Constitucional a la libre Competencia, le ofrecía a estas dos personas su voluntad de comprarles flores, es decir, no los buscaba como clientes, por el contrario quería ser cliente de ellas, su intención clara era hacerlas partes (sic) del grupo de sus proveedores, todo porque conocía la calidad de sus flores, pero aún mas, les indicaba, que respecto de cualquier inquietud se comunicaran con su representante legal. No se puede presentar a confusión unos hechos, unas palabras, unos ofrecimientos, un logo, que NO SON CONFUSOS, para la generalidad de las personas; mientras que INVERSIONES CALYPSO,

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

comercializa, (sic) sus flores, C.I. CALYPSO FLOWERS, buscaba comprarles flores.

"Desde luego, que como lo afirma el denunciante, siendo FLORES TAHAMI, una ALIADA ESTRATEGICA, de INVERSIONES CALYPSO, ni corta ni perezosa, informó de tal ofrecimiento a sus aliados y entre los dos determinaron, remitir un oficio a la representante legal de la sociedad denunciada, averiguándole si tenía permiso para utilizar la palabra CALYPSO.

"Fijese que TAHAMI, nunca se confundió, no le preguntó a la denunciada, si pertenecía a la misma empresa, no le preguntó, si era un (sic) sucursal, no le indagó si era otra aliada estratégica, simplemente, bien conocedora que la palabra CALYPSO, pertenecía a su aliada, solo le interroga si tenía permiso para usarla.

"Y era que no se podía confundir, porque CULTIFLORES TAHAMI, tenía de mucho tiempo atrás, negocios con su aliada INVERSIONES CALYPSO, y en el escrito la representante legal de la denunciada, es clara en advertirle que INICIARA, es decir no ha iniciado operaciones de compra de flor a cultivadores nacionales; es fácil concluir que sino (sic) había iniciado operaciones, no se trataba precisamente de INVERSIONES CALYPSO, era una nueva compradora y su objeto era bien diferente al de INVERSIONES CALYPSO.

"**-Respecto al literal c**, nunca, jamás, puede tenerse en el Derecho Colombiano, como medio probatorio un simple escrito dirigido por el interesado a sus clientes y proveedores, como bien se puede observar en él, INVERSIONES CALYPSO S.A., informa a clientes y proveedores que tienen registrada su marca CALYPSO, y son la única empresa autorizada para comercializar flores con esta marca. Que en febrero del año 2.001, se constituyó en Medellín la SOCIEDAD C.I. CALYPSO FLOWERS LTDA, la cual está haciendo uso indebido de su marca CALYPSO, para ser (sic) ofertas de venta y solicitudes de compras, aprovechando su prestigio en el mercado, lo cual es considerado ilegal, rogando el favor de no hacer negociaciones con dicha empresa.

"Verdadera competencia desleal constituye este escrito, temerario, pretender que el Comercio se abstenga de realizar negociaciones con una firma a la cual la Ley, considera legal, falaz la aseveración del escrito, nunca CALYPSO FLOWERS LTDA, realizó ofertas de ventas, el escrito se manipuló precisamente para preparar y abonar el camino, para la presente demanda por la supuesta competencia desleal, hace parte de la estrategia del denunciante, para buscar el pago de un inexistente daño por perjuicios, es mas (sic) se refiere a la sociedad como Calypso Flowers, y no como C.I. CALYPSO FLOWERS LTDA, esto para que sus proveedores y clientes se confundan en la gravedad de la situación.

"No es un medio probatorio, es simplemente una información interna entre clientes y proveedores, ni siquiera existe prueba que a este escrito se le haya puesto cuidado.

"**-Por último respecto al literal d**, este presunto medio probatorio, esgrimido como principal, a través de todo el investigativo, fue escrito bajo la dirección de la denunciante, no nos atrevemos a decir, que haya sido dirigido por el Apoderado, (sic) pero si consta que CULTIFLORES TAHAMI, una vez leído el ofrecimiento y presentación de la SOCIEDAD C.I. CALYPSO FLOWERS LTDA, le comunicó a INVERSIONES CALYPSO, del recibo y contenido de la misma y obviamente procedió a oficiar a la denunciante, pretendiendo preconstituir la prueba.

"Como bien se puede observar, del análisis y controversia de los medios probatorios esgrimidos por su Delegado, estos fueron mal interpretados, se le está dando un alcance probatorio ilegal y que raya en el prevaricato, para conjeturar, suponer que mi cliente tuvo toda la intención de confundir el mercado, respecto de las prestaciones mercantiles.

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

"En primer lugar, porque las prestaciones mercantiles de INVERSIONES CALYPSO, son bien diferentes a las prestaciones de C.I. CALYPSO FLOWERS, para ello basta leer que esta última, solo deseaba comprar flores.

"En segundo lugar, que el objeto de la denunciada no era la de crear confusión, porque como bien se observa dentro del proceso, mucho antes que la denunciante procediera, la primera ya había iniciado las diligencias pertinentes, para inscribirse en la clase 31, solo que la Superintendencia (sic) que allí ya se encontraba registrada la marca CALYPSO, y por ello, se vio en la necesidad de iniciar nuevas averiguaciones para inscribirse en la clase 42, cuando fue sorprendida con la presente demanda; luego mal puede asegurar el delegado, que el objetivo de mi cliente era la de confundir el mercado, cuando, (sic) no había sido informada, por las Entidades del estado, de la ilegalidad de su nombre comercial.

"Tampoco podía proceder inmediatamente a abstenerse de utilizar la palabra CALYPSO, puesto que era sabedora ya, que a INVERSIONES CALYPSO, le habían negado en el año 2.001, un recurso de reposición y apelación precisamente, porque no le habían aceptado el registro de la marca CALYPSO, copias que se anexan.

"De otro lado, quiero manifestarle que de acuerdo a Doctrina existente en la Biblioteca de la sede de la Superintendencia, la controversia acerca de la titularidad de una marca, es contemplada por las leyes que rigen la propiedad industrial y no la competencia desleal, toda vez, que se dirime nada menos, que la propiedad sobre la marca, que en nada tienen que ver con las conductas de competencia desleal.

"Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en auto de abril 06 de 1.995, expediente 5406, expresó:

"La Sala Civil al calificar los actos de confusión originados por el empleo de la marca ATRIBOLAY, con el fin de usufructuar el prestigio de la marca ARTRIDOLAY, y en consideración de los argumentos anteriores, concluyó que lo que verdaderamente estaba en juego en este caso era la protección de una marca debidamente registrada y no la sanción de un acto de competencia desleal.

"En (sic) consecuencia al decir de la Sala, el demandante en lugar de optar por la indemnización de perjuicios y la solicitud de la suspensión del abuso, debió solicitar las medidas cautelares contempladas para la protección de la propiedad industrial, pues no puede negarse que lo que se pretende, es la protección de un derecho marcario'

"De ello se desprende o se deduce que la conducta de confusión es atípica como competencia desleal.

"De otro lado como indicio infirmante debidamente construido dentro del proceso tenemos que es un hecho debidamente comprobado que la representante Legal de C.I CALYPSO FLOWERS LTDA, dos meses antes de que el presunto Apoderado (sic) le enviara el escrito, ya había iniciado todas las acciones legales para legalizar la utilización de las palabras CALYPSO FLOWERS (hecho indicador o premisa mayor), del cual podemos inferir, como consecuencia lógica que su objeto no era el de realizar actos de confusión en el mercado (hecho indicado o conclusión).

"Finalmente, como bien lo anotó el mismo Delegado, en su resolución anterior, los usos deben ser probados según lo dispone el Código de Procedimiento Civil, en el art., 189 'con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios.'

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

"Ninguno de los testimonios solicitados por el denunciante, probó que se hubieran confundido o que hubieran sido confundidos por la presentación en el mercado de la SOCIEDAD C.I. CALYPSO FLOWERS LTDA, es mas (sic) ni siquiera la conocían o la habían oído mencionar y quedó probado que a INVERSIONES CALYPSO, la conocen mas (sic) por el papagayo, que llevan plasmados en sus cajas de presentación, que por su misma palabra CALYPSO, luego difícil es confundir logotipos tan diferentes, como los de la denunciante y denunciada.

"En conclusión, como bien lo definió el Delegado, cuando consideró que no se encontraba probado en la investigación que existiera actos de desviación de la clientela, en este caso, tampoco se encuentra probado, mediante medios idóneos, como son confesión, testimonios, documentos, indicios, que hayan existido actos de confusión por parte de la denunciada, recordando que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma, en este caso el denunciante.

"PETICIÓN.

"De acuerdo con las normas procedimentales aplicables al caso, Constitución Nacional, Código Contencioso Administrativo, Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código del Comercio, Decreto 2153 de 1.992, Ley 640 de 2.001/ Ley 256 de 1.996, Ley 178 de 1.994 y demás normas pertinentes, le solicito a Usted, se declare mediante resolución que haga tránsito a cosa juzgada, la inexistencia de los actos de confusión investigados, declarando NO RESPONSABLE A LA PERSONA JURÍDICA C.I. CALYPSO FLOWERS LTDA, y declarando y ordenando el pago de los perjuicios causados a mi cliente, con esta investigación y la respectivas resoluciones (sic) que limitaron su derecho, las cuales han sido tasadas por el momento en CINCUENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SEIS MIL NOVECIENTOS DIECISÉIS PESOS MCTE (\$53.906.916)."

CUARTO: Una vez evacuada todas las etapas del proceso, este Despacho procede a decidir el caso:

1. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio.

El artículo 143 de la ley 446 de 1998 dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá, respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal, las mismas atribuciones señaladas en relación con las disposiciones relativas a la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

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

Según lo contemplado en el artículo 147 de la ley en cita, concordante con el artículo 52 de la ley 510 de 1999, la decisión de la Superintendencia en materia de competencia tendrá el carácter de cosa juzgada.

La denuncia que generó nuestra actividad se refiere a actos de competencia desleal que no han sido puestos en conocimiento de los jueces de la república. Por ello, la decisión corresponde a esta Entidad.

2. Aspectos generales.

“Por la cual se resuelve una investigación por competencia desleal”

Para efectos de la aplicación de la ley 256 de 1996, es necesario que se cumplan tres presupuestos de carácter especial: El primero de dichos presupuestos es el objetivo, que consiste en que el acto o la conducta debe realizarse en el mercado y con fines concurrenciales, esto es, conductas o actos objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación de un agente en el mercado⁸. El segundo presupuesto es el subjetivo, mediante el cual se exige que el sujeto pasivo sea comerciante o, cuando menos, participe en el mercado⁹. El último requisito a observarse es el territorial, que se plantea por cuanto el acto investigado debe estar llamado a producir efectos en el territorio nacional¹⁰.

2.1 Ámbito subjetivo de aplicación.

Se cumplen los presupuestos contemplados en los artículos 3 y 4 de la ley 256 de 1996, teniendo en cuenta que las sociedades Inversiones Calypso S.A., hoy absorbida mediante fusión, sin liquidarse por la sociedad Agrícola Papagayo S.A. C.I.¹¹, y C.I. Calypso Flowers Ltda.¹², hoy C.I. Hany Flowers Ltda., están debidamente constituidas como tales y registradas ante las Cámaras de Comercio de Bogotá D.C. y Medellín, respectivamente, y que dentro de sus sendos objetos sociales se encuentra la comercialización de flores.

2.2 Ámbito territorial de aplicación.

En cuanto a este presupuesto, reposan en el expediente suficientes pruebas que permiten deducir y demostrar que los hechos investigados se ejecutaron en el territorio nacional y que los efectos de dichas conductas resultan idóneos para reflejarse en el mercado interno.

2.3 Ámbito objetivo de aplicación.

Según reza el artículo 2 de la ley 256 de 1996, las conductas serán consideradas desleales siempre que se realicen con fines concurrenciales, lo cual acontece cuando el acto “por las circunstancias en que se realiza, se releva objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.

De los hechos puestos en conocimiento ante esta Entidad y demostrados durante el proceso, puede deducirse que las conductas consistentes en la comercialización de flores –desplegadas por la sociedad denunciada- son lo suficientemente idóneas como para afectar el mercado en el sentido de incrementar o mantener su participación en él.

3. Aspectos procesales

A lo largo de la investigación que nos ocupa, se observaron las reglas de procedimiento contenidas en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, y demás normas concordantes.

⁸ Ley 256 de 1996, Artículo 2.

⁹ Ley 256 de 1996, Artículo 3.

¹⁰ Ley 256 de 1996, Artículo 4.

¹¹ Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Bogotá. “(...) Que por E.P. No.3800 de la Notaría 36 de Bogotá, D.C., del 28 de diciembre de 2001, inscrita el 08 de enero de 2002, bajo el No.809437 del Libro IX, la sociedad de la referencia absorbe mediante fusión a la sociedad Inversiones Calypso S.A., la cual se disuelve sin liquidarse”. Folio 214 del Expediente.

¹² Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Medellín. “(...) IV. CERTIFICA Que hasta la fecha la sociedad ha sido reformada por la siguiente escritura (...) No. 584 del 13 de marzo de 2002, de la Notaría 9ª de Medellín, registrada en esta Entidad el 14 de marzo de 2002, en el libro 9º., folio 342, bajo el No.2392, mediante la cual la sociedad cabió (sic) su denominación social y en adelante se identificará así: C.I. HANY FLOWERS LTDA....”. Folio 166 del Expediente.

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

4. Aspectos generales relevantes para la investigación a propósito del Derecho Marcario.

Es importante advertir que este Despacho al hacer el análisis de los aspectos de propiedad industrial que interesan al caso particular, se orientará a determinar la ocurrencia de infracciones a las normas de competencia desleal. Por lo tanto, el criterio que esta Superintendencia expone en la motivación y decisión del presente fallo no debe extenderse a las decisiones que correspondería tomar en casos referidos exclusivamente a derechos de propiedad industrial.

De acuerdo con el artículo 134 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, constituye marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado.

En consecuencia, las marcas de productos o de servicios son perceptibles y suficientemente distintivas en el mercado las cuales identifican las prestaciones mercantiles¹³ de un empresario. El objeto cubierto por el registro marcario, es decir, aquel al cual se puede y debe aplicar, puede ser un bien material fabricado, elaborado o adquirido para ser comercializado, caso en el que la marca será de producto, o todas o algunas de las prestaciones mercantiles de hacer que tiene a cargo el empresario orientadas a procurar la satisfacción de las necesidades del público, a lo que se denomina marca de servicio.

Dentro del género de los signos distintivos, encontramos los llamados signos denominativos, los cuales pueden definirse como aquellos que designan un producto mediante un conjunto de letras que constituyen un conjunto pronunciable¹⁴. Dentro de los signos denominativos encontramos las denominaciones genéricas, descriptivas, sugestivas o evocativas, arbitrarias y caprichosas o de fantasía. De otro lado, también encontramos en el mercado los signos figurativos que son aquellos que constan de una representación gráfica de objetos reales o fantásticos o de combinaciones de colores y de formas. De la combinación de un signo denominativo y uno figurativo, nace la marca mixta.

Por último, es importante aclarar que se hace mención a estos asuntos con el buen objetivo de que exista la suficiente claridad respecto de los elementos y argumentaciones de la parte motivada de esta resolución.

5. Adecuación normativa

5.1 Competencia desleal por actos de confusión.

5.1.1 La norma

La ley 256 de 1996, artículo 10.- *"En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París¹⁵, aprobado mediante ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos".*

5.1.2 Elementos fundamentales de la infracción

¹³ OSSORIO, Manuel, Ob. cit. Pág. 603 "Definida la prestación (en sentido más amplio que el considerado en la ley 256 de 1996), como el objeto o contenido de un deber jurídico (Smith J.C.). Equivale a dar, hacer o no hacer. Dícese de la cosa o servicio exigido por una autoridad o convenido en un pacto. También, la cosa o servicio que un contratante da o promete a otro".

¹⁴ Proyecto Manual para el Examen de Marcas en las Oficinas de Propiedad Industrial de los Países Andinos.

¹⁵ Convenio de París, Artículo 10 bis, numeral 3, punto 1: "En particular deberán prohibirse: a) cualquier acto capaz de crear una confusión por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor..."

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

Para la adecuación de la conducta se deben establecer los elementos integrantes de la norma y relacionarlos con los hechos probados:

- a) La confusión debe recaer sobre: la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

La actividad se refiere a la empresa¹⁶, las prestaciones mercantiles a los actos y operaciones de los participantes en el mercado relacionados con la entrega de bienes y mercancías, la prestación de servicios, o el cumplimiento de hechos positivos o negativos susceptibles de apreciación económica que constituyen la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico¹⁷ (signos distintivos de los que se es titular); el establecimiento, al conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa¹⁸.

Sobre cada uno de estos supuestos es lo que exige la norma que se cree la confusión, produciéndose la tipificación completa cuando la conducta tenga el objeto o el efecto de crear confusión sobre uno de ellos o en todos. Así las cosas, al considerarse que la marca "Calypso", la presentación de sus productos y sus logos son prestaciones mercantiles, se tiene por cumplido el presupuesto.

- b) Conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión.

La violación del precepto legal consistente en los actos de engaño puede estructurarse en dos vías conforme a la norma en comento. El primero, hace relación a que la conducta tenga por *objeto* crear confusión, es decir, que tenga la capacidad objetiva de confundir al consumidor final y, de esa manera, entorpecer su discernimiento en relación con la distinción y posterior escogencia de un producto o servicio existente en el mercado para que se incurra en competencia desleal, independientemente de si los efectos se realizan o no.

En segundo lugar, encontramos las conductas que tienen como *efecto* crear confusión. En este caso nos encontramos con una situación definida por los resultados y, como es obvio, por la efectiva realización de un daño generado por la inducción a error en uno de los competidores, en perjuicio de los otros competidores, del consumidor y, en síntesis, del mercado. Esta circunstancia también es considerada por la norma como de competencia desleal.

La misma interpretación y alcance de los términos "objeto", como potencialidad de una conducta de ocasionar daño y "efecto", como el perjuicio ocasionado, verificado e imputado a una conducta, será la utilizada en el transcurso de la presente decisión para el análisis de las normas presuntamente violadas.

- Conducta que tenga por objeto crear confusión.

Tal y como consta en las pruebas documentales obrantes al expediente, la marca "Calypso" nominativa¹⁹, se encuentra debidamente registrada ante la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio. Conforme con esto, el estudio o análisis de confundibilidad de dicha marca no corresponde a este Despacho por cuanto carece de competencia

¹⁶ Código de Comercio, Artículo 25: "Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio".

¹⁷ Ley 256 de 1996, Artículo 5.

¹⁸ Código de Comercio, Artículo 515.

¹⁹ Marca nominativa, denominativa o verbal, es aquella integrada por una o más letras, dígitos, números, palabras, frases o combinaciones de ellos que constituyen un conjunto legible y pronunciable.

“Por la cual se resuelve una investigación por competencia desleal”

para conocer mediante este procedimiento de los conflictos surgidos de la confrontación de signos distintivos que son de legítimo uso por estar adecuada y legalmente registrada. Así las cosas, el Despacho se abstiene de pronunciarse y, por ende, de fallar de fondo sobre la confundibilidad de la marca “Calypso”.

No obstante, para algunos casos de competencia desleal – dependiendo del tipo al que se haga referencia en la investigación – resulta útil para lograr el convencimiento del juzgador acudir a su análisis, a más de derecho marcario como disciplina que soporta los principios de la leal competencia, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso concreto. En el presente caso, encuentra el Despacho que existen indicios suficientes que nos llevan a considerar que la sociedad denunciada cometió actos de confusión por objeto. Veamos:

Dentro de la investigación se probaron los siguientes hechos:

a) De la sociedad Inversiones Calypso S.A.

- Se constituyó mediante escrituras públicas números 6636 y 7429 del 21 de septiembre y 17 de octubre, respectivamente, de la Novena de Bogotá, e inscritas el 2 de noviembre del mismo año bajo el No.160.627 del Libro IX, con domicilio en Bogotá D.C.²⁰, y su objeto es la producción y mercadeo de productos agropecuarios, en especial las flores, en el mercado interno como externo.
- Es titular de la marca nominativa “Calypso”, para distinguir productos de la clase 42 del Decreto 755 de 1972, según certificado No.156205 de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Se disolvió, sin liquidarse, por escritura pública 3800 del 28 de diciembre de 2001 de la Notaría 36 de Bogotá D.C., inscrita el 8 de enero de 2002 bajo el número 809437 del Libro IX, siendo absorbida por la sociedad Agrícola Papagayo S.A. C.I.²¹.

b) De la sociedad C.I. Calypso Flowers Ltda.

- Se constituyó por escritura pública No.178 de la Notaría 17 de Medellín, el 1° de febrero de 2001, e inscrita el 2 de febrero del mismo año en el Libro 9, folio 194, bajo el número 1002²², con domicilio en la ciudad de Medellín y cuyo objeto es el de comercializar flores, capullos, follajes, etc., a nivel internacional.
- En cumplimiento de las medidas cautelares decretadas por la Superintendente de Industria y Comercio, cambió su denominación social por C.I. Hany Flowers Ltda., mediante escritura pública 584 del 13 de marzo de 2002, de la Notaría 9 de Medellín, registrada el 14 de marzo del mismo año en el Libro 9, folio 342 bajo el número 2392²³.

c) De las pruebas aportadas al expediente.

- Comunicaciones enviadas por la sociedad denunciada a los proveedores, dentro de las cuales se encuentra la dirigida a Cultiflores Tahami²⁴.

²⁰ Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Bogotá. Folios 41, 42 del Expediente.

²¹ Supra 4.

²² Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Medellín. Fls.38 a 40 del Expediente.

²³ Supra 5.

²⁴ Folio 9 del Expediente.

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

- Requerimiento prejudicial enviado por la denunciante a la denunciada el 8 de marzo de 2001, con el fin de que cesara en el uso de la marca "Calypso", por ser la titular²⁵.
- Circular 01-2001 del 22 de mayo de 2001, enviada por la denunciante a sus clientes y proveedores advirtiéndoles de la incursión de la denunciada al mercado utilizando indebidamente la marca "Calypso"²⁶.

Como se mencionara, la sociedad C.I. Calypso Flowers Ltda. se constituyó como tal el día 1° de febrero de 2001, e inscrita el 2 del mismo mes y año en la Cámara de Comercio de Medellín, según consta en el Certificado de Existencia y Representación expedido por esa entidad, lo que significa que a partir de esa fecha comenzó a utilizar la marca "Calypso".

Resulta probado en la investigación que la marca nominativa "Calypso" fue concedida a la sociedad Inversiones Calypso S.A. para identificar servicios comprendidos dentro de la clase 42 del decreto 755 de 1972²⁷, lo que significa que le fue concedido el derecho a utilizar la marca en forma exclusiva en cualquiera de los productos de la clase 42, en especial, las flores.

Siguiendo el orden cronológico de los hechos relacionados en la denuncia, se tiene que la sociedad C.I. Calypso Flowers Ltda., hoy C.I. Hany Flowers Ltda., trató de penetrar al mercado, pues no otra cosa se desprende de las comunicaciones enviadas a los proveedores de flores de la denunciante y allegadas al expediente, lo cual le señala al Despacho que tal conducta era apta para crear confusión en el mercado, al utilizar un nombre de una marca ya registrada por un competidor y, en esta medida, el acto trasciende de la esfera puramente marcaria a los terrenos de la competencia desleal.

Hay que recordar que las normas sobre propiedad industrial protegen un derecho subjetivo²⁸ (por ejemplo, el uso exclusivo y excluyente de una marca), al paso que las normas sobre competencia desleal cobijan, al sancionar los actos de confusión, el derecho que tienen los empresarios al reconocimiento y consolidación de su actividad, prestaciones mercantiles y establecimientos, precisamente sobre los cuales recae o se concreta la vulneración.

Debe resaltarse que dentro de esas comunicaciones se encuentra la dirigida por la denunciada a Cultiflores Tahami, que valga mencionar, es aliada estratégica de Inversiones Calypso S.A. en el mercado de las flores, quien fue la primera confundida hasta el punto que se dirigió a su aliada para que le explicara los motivos por los cuales no les habían comunicado la existencia del vínculo comercial entre ésta y la remitente.

Fue ante ese riesgo de confusión ocurrido, precisamente, que la denunciante envió el requerimiento a la denunciada, con el fin de que se abstuviera de utilizar dentro de su nombre comercial la palabra "Calypso", lo cual no tuvo el eco esperado para que cesara en su conducta.

Sobre el particular, no puede desconocerse el hecho de que la denunciada tenía conocimiento de que la marca "Calypso" se encontraba legalmente registrada, pues así lo demuestra el requerimiento visible a folio 2 del expediente y los varios acercamientos que, según la denuncia, tuvo la

²⁵ Folio 2 del Expediente.

²⁶ Folio 1 del Expediente.

²⁷ Jefe Signos Distintivos. "De acuerdo a su comunicación de la referencia y para los fines pertinentes de esa oficina, le informo que la solicitud 93-384268 correspondiente a la marca CCALYPSO para la clase 42 a favor de la sociedad Inversiones Calypso S.A., no le presentaron observaciones y se decidió mediante resolución No.9374 del 14 de marzo de 1994, le correspondió el certificado 156.205, del cual anexo copia".

²⁸ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 666: "Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales."

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

denunciante con las directivas y abogados de la citada sociedad.

De otro lado, al examinarse los nombres de las dos sociedades existen evidentes semejanzas de orden ideológico y auditivo de tal magnitud que, sin lugar a dudas, de coexistir en el mercado inducirían al consumidor final a error.

Los nombres son:

INVERSIONES CALYPSO S.A. y C.I. CALYPSO FLOWERS LTDA.

La similitud ortográfica y fonética que existe entre Inversiones Calypso S.A., propiedad de la denunciante y C.I. Calypso Flowers Ltda., utilizada por la denunciada, es clara, teniendo en cuenta que las expresiones C.I. y Ltda., son genéricas y que pueden ser utilizadas por cualquier comerciante, lo que hace que se produzca entre los consumidores un riesgo de confusión sobre la procedencia del producto amparado bajo la marca registrada "Calypso" (nominativa) en la clase 42.

Concordante con lo anterior, es evidente el hecho de comercializar la denunciada los mismos bienes comercializados por la denunciante, lo cual acrecienta más ese riesgo de confusión respecto de la actividad, las prestaciones y el establecimiento de Inversiones Calypso S.A.

En el presente caso debe tenerse en cuenta que los clientes a quienes ofertan los servicios las partes en contienda son eminentemente selectivos, esto es, no cualquier consumidor, sino de aquellos que requieren cierta clase de flores, lo que hace que la conducta de la denunciada tuviera la potencialidad de causar verdadera confusión dentro de los usuarios selectivos de esos bienes y servicios.

La determinación del acto de competencia desleal en cabeza de C.I. Calypso Flowers Ltda., hoy C.I. Hany Flowers Ltda. está sustentada en la sumatoria de diversas circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestran al Despacho que la conducta tuvo la potencialidad de generar confusión por objeto en el mercado, conforme se ha indicado.

Dichas circunstancias habrían permitido que los consumidores de los productos que se comercializaban, asociaran o, de alguna manera, vincularan a una empresa con la otra, pudiendo, de esta manera, obtener el denunciado un beneficio frente a su contendor.

- Conducta que tenga por efecto crear confusión.

Sobre este punto no se encontraron pruebas que demostraran la confusión en que pudiera haber incurrido el consumidor a causa de la conducta de la sociedad C.I. Calypso Flowers Ltda., hoy C.I. Hany Flowers Ltda., al utilizar sin que mediara autorización la marca nominativa "Calypso" Clase 42, registrada a nombre de su titular Inversiones Calypso S.A., hoy a favor de Agrícola Papagayo S.A. C.I., en desarrollo de las mismas actividades y prestaciones comerciales.

Los alegatos de la denunciada.

Afirma el libelista de la parte denunciada, que por las comunicaciones enviadas por el apoderado de la sociedad INVERSIONES CALYPSO S.A. a aquella, no se anexó o acreditó poder, ni tampoco copia de la escritura de constitución de la sociedad, por tanto no se tomaron las medidas pertinentes para evitar el conflicto.

Es evidente que lo afirmado por el doctor Pedraza Colmenares no es razón suficiente para justificar una falta de acción de su representada, en cuanto lo mínimo que se esperaría de una persona diligente y prudente era tomar las precauciones debidas, en el menor tiempo posible, lo que a las

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

claras no sucedió. No sobra recordar, que a pesar de que esta Superintendencia ordenó, como medida cautelar el cambio de razón social de la empresa, esta orden no se cumplió en los términos establecidos, y muy por el contrario fue necesario hacer un nuevo requerimiento a la sociedad C.I. CALYPSO FLOWERS Ltda. para que cumpliera con la orden impartida, lo que se hizo sólo 4 meses después de vencido el término ordenado por esta Entidad.

Por lo anterior, es claro que la empresa sabía desde mucho tiempo atrás, que existía una sociedad con un nombre similar, que se requirió por ésta suspender tal actuación y, sin embargo, no se tomó ninguna medida al respecto.

Con todo, cabe anotar que, con independencia de la actuación de la denunciada frente a las medidas cautelares ordenadas por esta Superintendencia en su contra y de las cartas remitidas por la denunciante en los términos que aquí ya se han explicado, el acto desleal de confusión por objeto se configuró en todos sus elementos. Sin embargo, aunque los hechos que arriba se describen no se erigen como tipificantes de la conducta de confusión por objeto, sí son útiles para reforzar los indicios que llevan a este Despacho a endilgar la deslealtad a los actos en que incurrió la sociedad denunciada.

Agrega el deprecante que la intención de las comunicaciones enviadas por C.I. CALYPSO FLOWERS Ltda., era la de manifestar su deseo de ser cliente de las sociedades denunciadas al comprarles las flores y no la aspiración de constituirse en distribuidor de las mismas. Por tanto no podría hablarse de confusión, en tanto las dos sociedades realizaban "prestaciones mercantiles" diferentes, por cuanto C.I. CALYPSO FLOWER Ltda., pretendía comprar flores y, en contraposición y al entender de este Despacho, lo que quiere decir el libelista es que INVERSIONES CALYPSO S.A., pretendía que le vendieran flores.

Este análisis, lejos de acercarse a la realidad, se configura en un juego de palabras que no desvirtúa la fuerza de los hechos. C.I. CALYPSO FLOWERS Ltda. envió cartas a algunos de los proveedores de la sociedad INVERSIONES CALYPSO S.A., con el fin de conseguir que les suministraran flores para exportar; de esta forma se deja probado que la "prestación mercantil" de las dos sociedades es la misma, adquirir flores a los productores para exportar. Este hecho se corrobora con la lectura de los certificados de existencia y representación de la Cámara de Comercio, en el aparte del objeto social de ambas sociedades, las cuales se identifican plenamente.

5.2 Actos de desviación de la clientela.

5.2.1 La norma

De acuerdo con el artículo 8 de la ley 256 de 1996, se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

Los elementos de dicho precepto normativo son:

- Conducta que tenga como objeto o como efecto:

Desviar la clientela respecto de:

- De la actividad
- De las prestaciones mercantiles
- De los establecimientos ajenos

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

Conducta contraria a:

- Las sanas costumbres mercantiles
- Los usos honestos en materia industrial
- Los usos honestos en materia comercial

Presentados los elementos de la norma, tenemos para el presente caso lo siguiente:

- Conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela

De conformidad con esta norma, tanto la intención como el resultado son supuestos válidos para considerar una acción como desleal. Independientemente que se presente uno u otro, la conducta será calificada como desleal. Se entiende por objeto la ocurrencia de una conducta que reúna los requisitos del comportamiento calificado por la ley 256 de 1996 como desleal. Por efecto, entendemos la producción del resultado en virtud del cual hay una modificación en el mundo exterior, sin atender que el agente hubiese tenido la intención de realizarlo.

La palabra clientela no se encuentra definida en la ley, por lo que siguiendo la norma general de interpretación de las palabras, ésta deberá entenderse en su sentido natural y obvio. Es así como clientela se define como "Conjunto de clientes de una persona o establecimiento"²⁹. Por cliente se entiende "respecto de una persona que ejerce una profesión, la que utiliza sus servicios". Respecto de un comerciante, el que compra en su establecimiento"³⁰

Existe otra definición que señala como cliente a aquella persona que utiliza con **asiduidad** los servicios de un profesional o empresa, o la que compra en un establecimiento o utiliza sus servicios³¹ (negrilla fuera de texto)

El Despacho considera la primera definición como la más adecuada para entender el criterio de clientela, excluyendo la asiduidad como factor preponderante de la misma, porque atiende de manera estricta el criterio natural y obvio sin introducir un componente adicional que opaque la evidencia del término.

Así, es importante señalar que el precepto fáctico contenido en el artículo 8 de la ley 256 de 1996, hace referencia a la protección de la clientela real.

De acuerdo con lo anterior, consideramos como cliente real a aquella persona que acepta una oferta sobre la adquisición de un producto, independientemente del número de veces que lo haga. Si no fuera así, el comerciante no se preocuparía por satisfacerlo y crearle una expectativa sobre el producto. La satisfacción de sus necesidades es el factor preponderante del cliente.

- Conducta contraria a los usos honestos y las sanas costumbres mercantiles en materia industrial y comercial

Observando la redacción del mencionado artículo 8, la configuración o adecuación normativa está precedida de un condicionamiento al señalar que se considera desleal la conducta "siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial". Entonces, para que sea calificada la conducta como desviación de la clientela se debe determinar un condicionamiento que cumpla con lo allí exigido, de ahí la deslealtad.

Los usos no constituyen más que hechos. Cuando dichos hechos son reiterados, los usos se

²⁹ Larousse Diccionario Manual Ilustrado. Pág. 179. 6ª Edición.

³⁰ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas. T.I. 23ª Edición, Editorial Heliasta, 1994.

³¹ Real Academia de la Lengua. Diccionario de la Lengua Española. Pág 490, Tomo I, 1992.

“Por la cual se resuelve una investigación por competencia desleal”

convierten en aceptación tácita y configuran la costumbre. La honestidad se predica de ellos, así como de cualquier otra actuación y se define como el pudor y recato en la conducta. Jurídicamente trasciende la esfera de lo legal, siendo deshonesto la actuación que no se ajuste a los preceptos legales.

“La costumbre es la repetición de ciertos actos de manera espontánea y natural, que por la práctica adquieren la fuerza de ley. En su acepción más jurídica es una de las fuentes del derecho, que no es otra cosa que normas jurídicas, no escritas, impuestas por el uso. Es un producto de la voluntad de los individuos, nacida de una serie de actos idénticos y sucesivamente respetados: se forma de una manera más espontánea y más instintiva que la ley, bajo la impulsión inmediata de las necesidades. Los que primero establecieron una costumbre, por sus actos continuamente repetidos, obraron con la convicción firmísima de la conveniencia jurídica de los hechos ejecutados, considerándolos no solamente como buenos y justos para los casos presentes, sino también propicios para formar una regla común que sirva de norma para hechos futuros de idéntica analogía. Por eso, las costumbres así desarrolladas, engendran una continuidad en la vida social y en el derecho, y son respetadas por un sentimiento moral de la comunidad”³²

Sano, en sentido lato, significa a nuestro entender, lo bueno, lo ajustado a una convivencia armónica, que no hace mal.

Veamos la situación planteada a fin de establecer si el actuar de la demandada resulta ilegal, configurándose así los actos de desviación de clientela prevista en la norma.

Los hechos alegados en la denuncia, se sintetizan de la siguiente manera:

La sociedad Inversiones Calypso S.A. y C.I. Calypso Flowers Ltda. se disputan entre sí la misma clientela en el mercado de las flores, lo cual se traduce en beneficio para la denunciada de la clientela que le corresponde a la denunciante. Adicionalmente, la desviación ocurre por medios contrarios a las sanas costumbres mercantiles, la buena fe comercial y a los usos honestos que deben reinar en materia industrial y comercial al utilizar la denunciada expresiones idénticas a las que utiliza la denunciante para identificar sus servicios.

No existe prueba que nos permita tener como demostrada la existencia de la conducta considerada como desleal, a partir de los anteriores hechos. En primer lugar, se reitera a lo largo de esta providencia, que las promociones son medios lícitos para obtener el favorecimiento del “cliente” frente a determinado producto o servicio y, ello de por sí, no configura la conducta que aquí se investiga, máxime como se puede establecer no son suficientes las simples afirmaciones de la denuncia para considerar la ocurrencia de los hechos.

El competidor que se siente afectado por presuntos actos desleales de un contrincante debe desplegar dentro de la respectiva investigación acciones tendientes a comprobarlos. En el caso sub examine, el actor dentro del trayecto probatorio no demostró sus afirmaciones. En consecuencia, los hechos precedentemente aludidos no servirán de base para el análisis que ocupa nuestra atención.

Según nuestra legislación comercial la oferta la constituye el proyecto del negocio jurídico que una persona haga a otra³³. El consumidor es quien analiza las propuestas puestas a su consideración y, a su libre albedrío, escoge la que más satisfaga sus necesidades.

En el presente caso tenemos la oferta de uno de los participantes en el mercado, quien con el fin de cautivar esa clientela utiliza las comunicaciones obrantes al expediente. Esta promoción no desvirtúa su capacidad de atraer la clientela en forma lícita, pues el supuesto indicado por el denunciante no

³² Diccionario de Derecho Usual. A-D Santillana. CABANELLAS Guillermo, Pág.543, Tomo I. Quinta Edición.

³³ Código de Comercio. Artículo 845.

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

se prueba con su afirmación.

Caso contrario acontecería cuando de manera ilegal la oferta tenga la capacidad de no permitir a un comerciante atender o celebrar un negocio con un cliente real, permitiendo que sea atendido por quien realiza la conducta o por un tercero³⁴

La denunciada, con el fin de atraer los clientes, presenta la oferta mediante las comunicaciones, siendo este quien en últimas escoge la promoción que más le convenga. Esto en sí no es desleal por cuanto no se reúnen las condiciones probatorias para determinar la existencia de engaño o la falta de honestidad alegada. Obviamente dicha conducta debe encuadrarse dentro de los preceptos legales. Se configuraría la mala intención en el evento que se tipificara el evento dañoso al que se hace referencia.

Sobre el particular, este Despacho considera que el simple ofrecimiento de los servicios no encuadra dentro de los supuestos de hecho previstos en la norma, esto es, no es una actuación contraria a las sanas costumbres mercantiles ni a los usos honestos en materia mercantil o comercial. Aunado a esto, no se presentó prueba alguna de la existencia de un nexo causal entre la conducta de ésta y la pérdida de clientela por parte de la denunciante.

Los alegatos del denunciante

Afirma el apoderado de la parte denunciante, que la sociedad C.I. CALYPSO FLOWER Ltda., incurrió en desviación de la clientela censurada en el artículo 8 de la ley 256 de 1996, por cuanto, en su opinión, utilizó la marca CALYPSO en forma dolosa e indebida, hecho éste que constituye una violación a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial o comercial.

Como se afirmó anteriormente, la parte denunciada incurrió en actos de confusión. Sin embargo, esta conducta no conlleva automáticamente a que a la par haya una desviación de clientela. Son dos tipos legales diferentes, y sus supuestos fácticos también disienten entre ellos.

Toda competencia reviste, por el mismo hecho, una desviación de la clientela. Sin embargo, si no se logra probar que esa desviación rebasa las fronteras de la legitimidad, no podría decirse menos que la conducta responde al ejercicio de la iniciativa privada y la libertad de empresa garantizada en el artículo 333 de la Carta Política y, por lo tanto, constituiría un acto de competencia leal.

Así ocurre en el caso objeto de estudio por cuanto la denunciante se limitó a afirmar que los actos denunciados habían tenido por objeto desviar su clientela, descuidando la prueba del elemento diferenciador de la conducta, cual es que la conducta, además de producir confusión, tenía por objeto o tuvo por efecto la desviación de una clientela que quería contratar con una sociedad y terminó contratando con otra.

En este orden de ideas, no es posible adecuar los hechos denunciados a los presupuestos de la norma presuntamente violada.

QUINTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del artículo 4 ibidem, el DIA Y FECHA, se escuchó al Consejo Asesor.

³⁴ Artículo 2 de la ley 256 de 1996. "La finalidad concurrencial del acto se presume cuando este, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar en el mercado de quien lo realiza o de un tercero"

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

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: La Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de sus facultades jurisdiccionales, declara que la sociedad C.I. Calypso Flowers Ltda., hoy C.I. Hany Flowers Ltda., representada por su apoderado especial Luis Augusto Pedraza Colmenares, con sus conductas denunciadas infringió el artículo 10 de la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal.

ARTÍCULO SEGUNDO: Este Despacho, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales que trata el numeral anterior, declara que con las conductas objeto de investigación, la sociedad C.I. Calypso Flowers Ltda., hoy C.I. Hany Flowers Ltda., representada por su apoderado especial Luis Augusto Pedraza Colmenares, no violó las normas sobre competencia de que trata el artículo 8 de la Ley 256 de 1996.

ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese personalmente a los doctores Mauricio Patiño Bonnet, apoderado de la sociedad Inversiones Calypso S.A., disuelta sin liquidarse, siendo absorbida por la sociedad Agrícola Papagayo S.A. C.I., y Luis Augusto Pedraza Colmenares, apoderado de la sociedad C.I. Calypso Flowers Ltda., hoy C.I. Hany Flowers Ltda., el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra proceden los siguientes recursos:

1. **Recurso de Reposición:** interpuesto por escrito y con presentación personal ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes.
2. **Recurso de apelación:** interpuesto por escrito y con presentación personal ante el Superintendente de Industria y Comercio con el fin de ser sustentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en el acto de notificación o dentro de los tres (3) días siguientes a la misma.

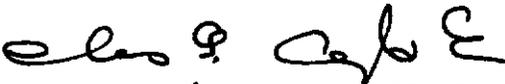
En caso de ser interpuesto recurso de reposición en la presente etapa procesal, el recurso de apelación deberá presentarse una vez se haya resuelto el de reposición, en el acto de notificación o dentro de los tres (3) días siguientes a la misma.

3. **Incidente de perjuicios:** Procede, en este caso, el adelantamiento del incidente de perjuicios de que trata el párrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, propuesto por el denunciante dentro de los quince (15) días siguientes a que la presente decisión se encuentre en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 31 ENE. 2003

El Superintendente de Industria y Comercio (E),


CARLOS GERMÁN CAYCEDO ESPINEL
AGL/

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

Notificaciones:

Doctor

MAURICIO PATIÑO BONNET

Apoderado

Inversiones Calypso S.A.- Agrícola Papagayo S.A. C.I.

Carrera 9 No. 74-08 Oficina 403, Tel: 5 400240

La Ciudad.-

Doctor

LUIS AUGUSTO PEDRAZA COLMENARES

Apoderado

C.I. Calypso Flowers Ltda. – C.I. Hany Flowers Ltda.

Calle 19 No. 5-51 Oficina 304, Tel: 3 410921

La Ciudad.-