



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 05321 DE 2004
(23 MAR. 2004)

Radicación 01094433

“Por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal”

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la sociedad Industria Electrosonora S.A. Sonolux S.A., en adelante Sonolux, por intermedio de apoderado, presentó acción contra la sociedad Universal Music de Colombia S.A., en adelante Universal Music, por la presunta comisión de los actos de competencia desleal descritos en los artículos 8° y 11° de la Ley 256 de 1996.

SEGUNDO: Que habiéndose agotado las diferentes instancias procesales y no presentándose nulidades que impidan proferir un fallo, procede este Despacho a decidir el presente proceso, en los siguientes términos:

1. Antecedentes

- La sociedad Sonolux, por intermedio de apoderado, instauró el 1° de noviembre de 2001, acción de competencia desleal contra la sociedad Universal Music, por la presunta realización de los actos de competencia desleal descritos en los artículos 8 y 11 de la Ley 256 de 1996, en los que se señalan los actos desleales de desviación de la clientela y los actos de engaño, pretensiones que expone la accionante (folios 17 a 22 del expediente) de la siguiente manera:

1.1. Pretensiones:

- “Que la superintendencia delegada para la promoción de la competencia, abra investigación a la sociedad UNIVERSAL MUSIC DE COLOMBIA S.A., por la realización de los actos constitutivos de competencia desleal, de acuerdo con las facultades jurisdiccionales y administrativas otorgadas a esta entidad por la ley 446 de 1998.”
- “Que se notifique a la sociedad UNIVERSAL MUSIC COLOMBIA S.A. la resolución por medio de la cual la Superintendencia decide abrir investigación por competencia desleal, de acuerdo con los hechos y consideraciones que se mencionarán en esta denuncia.”
- “Que esta Superintendencia declare judicialmente, por medio de resolución motivada la existencia e ilegalidad de los actos constitutivos de

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

competencia desleal realizados, y se ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos, y que en consecuencia ordene que se abstenga de seguir realizándolos."

- *"Que como consecuencia de la realización de actos constitutivos de competencia desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio imponga las sanciones administrativas del caso a la sociedad UNIVERSAL MUSIC COLOMBIA S.A., conforme las facultades otorgadas en el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 446 de 1998, si fuere del caso."*
- *"Que la Superintendencia abra las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia y violación de las disposiciones del estatuto del consumidor que se puedan desprender de los hechos denunciados, en especial los referidos en el punto 9, 10 y 11 de los hechos de la denuncia."*
- *"Que la Superintendencia decrete de oficio las pruebas que considere procedentes para la comprobación de los hechos en que se fundamenta la presente denuncia, tales como practicar visitas de inspección a las instalaciones y oficinas de la sociedad UNIVERSAL MUSIC COLOMBIA S.A., interrogar bajo juramento al representante legal de la sociedad y trabajadores de la misma, solicitar informes, datos o documentos relacionados con los hechos objeto de la presente denuncia o cualquier otro tipo de prueba que esa Superintendencia estime conveniente y las demás que se anexan a esta denuncia, y que se anuncian más adelante."*
- *"Que la Superintendencia de Industria y Comercio, si así lo considera pertinente y necesario, durante la etapa de averiguación preliminar me requiera para que se adjunte nuevos documentos, se solicite la complementación o aclaración de cualquiera de las pruebas que se anexan a esta denuncia como pruebas documentales."*
- *"Que se ordene a la sociedad UNIVERSAL MUSIC COLOMBIA S.A. retirar del mercado todo el material impreso usado en la promoción del disco "CARLOS VIVES CANTA LOS CLASICOS DEL VALLENATO", así como a la suspensión de la promoción en radio y televisión del disco identificado bajo el referido nombre."*
- *"Que la superintendencia condene a la sociedad UNIVERSAL MUSIC COLOMBIA S.A., a indemnizar a mi poderdante, la sociedad SONOLUX S.A., el pago de la totalidad de los perjuicios causados con la realización de las conductas de competencia desleal que se denuncian de conformidad con el procedimiento establecido para dicho efecto."*

Respecto de las anteriores pretensiones, este Despacho se permite advertir que en razón a que la actuación adelantada ha sido realizada con base en funciones jurisdiccionales, tal como lo solicitó la parte accionante, se abstiene de pronunciarse en relación con las pretensiones del escrito de acción, relacionadas con actuaciones administrativas y que se refieren a los siguientes aspectos: a) Imposición de sanciones administrativas contra la sociedad Universal Music basadas en las facultades establecidas en el Decreto 2153 de 1992 y la ley 446 de 1998, y, b) apertura de investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia y por violación de las disposiciones del Estatuto de Protección al Consumidor, en cuanto las anteriores solicitudes obedecen a un procedimiento netamente administrativo, tanto por la forma en que se adelanta como por los efectos jurídicos que generan.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

1.2 Hechos

La accionante explica los fundamentos de sus pretensiones, exponiendo los siguientes hechos:

Como argumento principal, se responsabiliza a Universal Music por una presunta inducción a engaño a los consumidores, al haber efectuado la venta del disco "*Carlos Vives Canta los Clásicos del Vallenato*" con aprovechamiento de la expectativa del lanzamiento de una nueva obra musical de Carlos Vives por Sonolux, "*y el deseo del público de oír a Carlos Vives cantando la música de los compositores vallenatos*" (sic).

Según la denuncia, el engaño al que se induce al consumidor, consiste "*en hacer creer a éste que la producción que se está comercializando, por parte de Universal Music, es la nueva obra de Carlos Vives, cuando la realidad es que ésta es una reproducción de las canciones que interpretó en la serie de televisión "Escalona"*".

Adicionalmente, la accionante manifiesta que Universal Music, sin autorización, "*utilizó la imagen de CARLOS VIVES para refijar un fonograma antiguo sin hacer ninguna advertencia al público del que se trataba de una producción anterior (...)*"

De otra parte, se acusa a Universal Music de desviación de clientela, por haber estado "*atento a la campaña de expectativa que realizaría Sonolux S.A. antes del lanzamiento del verdadero nuevo disco de Carlos Vives "DÉJAME ENTRAR" con el objeto de aprovechar esta campaña para promocionar su disco "CARLOS VIVES CANTA LOS CLÁSICOS DEL VALLENATO", sin indicar al público que no era el verdadero nuevo disco, ni que el mismo estaba constituido por las antiguas interpretaciones que hizo Carlos Vives, con lo cual, según la denuncia, se logra desviar la atención del consumidor*".

- Mediante auto No. 0029 del 24 de enero de 2002, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia ordenó el inicio del proceso por competencia desleal.

- De la denuncia se corrió traslado a la sociedad accionada, Universal Music, quien a través de apoderado y mediante memorial que obra a folios 173 a 188 del expediente, se opuso a las pretensiones y a algunos de los hechos expuestos por la accionante. En tal sentido, la sociedad accionada manifestó lo siguiente:

- La campaña de Sonolux que promocionaba el disco "*Déjame Entrar*", inducía al público a adquirir ese disco y no el compilado "*Carlos Vives canta los clásicos del Vallenato*", puesto que las obras de éste último son temas trajinados y conocidos por el público, sin que sea factible que éste sea engañado.
- Por otro lado, se manifiesta que el título de la compilación que contiene el nombre del artista, es el resultado de una obligación legal establecida en los artículos 175 de la Ley 23 de 1982 y 35 literal a) de la Decisión Andina 351 de 1993, título que no puede ser engañoso para el público, pues difiere del título de la producción denominada "*Déjame Entrar*".

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

- Adicionalmente, la accionada hace énfasis en que la compilación fue puesta para la adquisición del público el día 31 de mayo de 2001, mientras que el lanzamiento del disco "*Déjame Entrar*" se realizó el 8 de noviembre del mismo año, no pudiendo haberse generado un engaño.
- Manifiesta igualmente la parte accionada, que Universal Music adquirió los derechos para hacer las compilaciones, mediante licencia de uso otorgada por Caracol T.V. S.A., quien es titular de los derechos sobre los fonogramas, con base en el derecho que tienen los productores de fonogramas de comercializar en las mejores condiciones las copias de sus repertorios. Agrega la accionada, que la práctica de elaborar compilaciones, es un hecho normal en el mercado discográfico.
- Por último, se hace referencia por la accionada, a que las imágenes de la compilación fueron proporcionadas por Caracol T.V. S.A. y que éstas corresponden a la época de la transmisión de la serie televisiva "Escalona".

- Agotada la etapa conciliatoria sin lograr acuerdo entre las partes, se procedió a decretar la práctica de las pruebas, mediante providencia número 01094433 del 28 de agosto de 2002.

En desarrollo de lo anterior, se decretaron todas las pruebas documentales aportadas por las partes, al igual que el testimonio del señor Jorge Hernán Martínez Jaramillo, Representante Legal de CD Systems de Colombia S.A., la declaración de parte del señor Vicente Jaime Jaramillo Villa, representante legal de la sociedad Universal Music y la inspección en las instalaciones de la misma sociedad, la cual fue solicitada por la parte accionante. Así mismo, se decretaron y practicaron el testimonio del señor Alvaro Lahidalga, Director de Mercadeo de Universal Music, la declaración de parte del señor Jesús María Durán Carrera, representante legal de la sociedad Sonolux y se decretó y practicó de oficio la prueba testimonial de la señora Marcela Sarmiento, Coordinadora de Prensa del Canal Caracol TV S.A.

Rendido el informe motivado por parte del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, de éste se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos. Durante este término, el apoderado de la parte accionante manifestó su desacuerdo con el resultado del análisis de tal informe, mientras que el apoderado de Universal Music presentó oportunamente sus comentarios, en los que manifiesta su conformidad con la evaluación del caso y con la sugerencia del Superintendente Delegado de no declarar la incursión de la sociedad Universal Music en actos de competencia desleal. Los alegatos de las partes, se resumen de la siguiente forma:

Por parte de Sonolux.

- Frente a los presuntos actos de engaño manifiesta la accionante:

- En relación con la carátula del disco compilado objeto de este proceso, afirma que las varias posibles portadas que se escogieron para el disco, la más parecida a la imagen actual del artista y al disco inmediatamente anterior: "*El amor de mi Tierra*", fue la seleccionada, la que no tenía relación con la telenovela "Escalona", lo que produjo que el público creyera que era el nuevo disco del artista, induciéndolo en error.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

- En cuanto al título del disco "*Carlos Vives canta los Clásicos del Vallenato*", la actora afirma que se quiso inducir al público a comprar algo diferente a lo que esperaba encontrar en el mismo. En tal sentido argumenta:

- Que el público siempre ha querido que Carlos Vives cante los clásicos vallenatos de los grandes compositores de éste género, pero el disco no hace relación a los clásicos vallenatos, sino a los clásicos de Escalona;
- Que Universal Music llamó al compilado de Carlos Vives de una forma diferente a la que es usual para titular sus compilaciones, al tenerse en cuenta que en el contrato de cesión celebrado entre Carlos Vives y Caracol, en su cláusula 6ª estableció que el nombre del artista sólo podía ser incluido como un crédito, mas no en la carátula;
- Que el título del fonograma debía ser el de "*Escalona*"; y
- Que Universal Music estaba usando la marca "*Carlos Vives*" sin autorización de su titular.

- Respecto de la información engañosa al público, indica la accionante que se omite informar que el autor de los temas es el Maestro Rafael Escalona, y que éstos corresponden a interpretaciones anteriores a la puesta en el mercado del último trabajo discográfico del artista, lo que a su vez constituye una publicidad engañosa, por lo que se debe analizar lo que el público capta y no la intención de quien realiza la publicidad, reiterando que Universal Music no le suministró al público herramientas para una decisión consciente, por la omisión de la información necesaria en su publicidad.

- El accionante señala que Universal Music conocía la fecha del lanzamiento del disco "*Déjame Entrar*", por las siguientes razones:

- Tanto el gerente, como la directora legal de la compañía Universal Music, fueron trabajadores en Sonolux y tuvieron acceso al contrato entre Carlos Vives y Sonolux;
- Por que la discografía del artista se lanza cada 2 años;
- Porque la prensa nacional había anunciado el próximo lanzamiento del nuevo disco; y
- Por que el señor Carlos Vives grabó en los estudios de Emilio Estefan no siendo un secreto que los medios de comunicación obtuvieran la información de que el artista se encontraba realizando tal actividad.

- Por otra parte, la accionante aduce que la publicidad del disco de Universal Music, que se lanzó en mayo de 2001, fue engañosa, al no realizarse antes de esa fecha, sino que se llevó a cabo el día 24 de septiembre de ese año, días antes del lanzamiento de la nueva producción discográfica "*Déjame Entrar*", omitiéndose la información necesaria para que al consumidor no se indujera a error, al pensar que era la nueva producción del artista.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

- Insiste la accionante que el análisis de cada cargo se debe hacer en conjunto, con el objetivo de concluir que hubo competencia desleal mediante engaño por objeto, por parte de Universal Music.

- Así mismo, se estima que el engaño por efecto existió frente a la comercialización, al observarse que las ventas del disco compilatorio en los meses de septiembre y octubre se incrementaron en relación con el primer mes de su lanzamiento, lo que fue un indicativo de que el comportamiento del disco de Universal Music logro sus ventas con apoyo en el lanzamiento del nuevo disco del señor Carlos Vives.

- También advierte la actora que al mandar producir la accionada un total de 74.177 copias del compilado, a corte 12 de octubre del año 2002, el cual fue realizado por CD Systems S.A., en su calidad de reproductor de los discos, era un indicativo de que se estaban produciendo copias como para el nuevo disco de un artista importante y de hecho éste fue el segundo disco en ventas mas comercializado por Universal Music en el año 2001, situación que contrastaba con las escasas ventas de los discos del Maestro Escalona en los anteriores 6 años, las cuales sólo llegaron a la suma de 21.226 copias, mientras que las ventas del disco "Déjame Entrar" fueron de 140.000 ejemplares.

◦ Frente al acto de desviación de la clientela, manifiesta la accionante:

- Asevera que la clientela para los discos del señor Carlos Vives está compuesta por el mercado de los colombianos que puedan adquirir sus producciones, clientela objetiva, y no por la clientela que efectivamente compró el disco, clientela efectiva, ya que potencialmente se indujo en error a los clientes, desconociendo lo estipulado en el contrato celebrado entre Carlos Vives y Caracol, al utilizar sin autorización la imagen y la marca del artista.

- Señala igualmente la accionante, que las ventas del compilado muestran una efectiva desviación de la clientela, por cuanto Universal Music se aprovechó de la campaña de expectativa de Sonolux, confundiendo al consumidor.

- Reclama además la accionante que se declaren como comportamientos deshonestos de Universal Music los siguientes:

- a. Que Universal Music explotó sin autorización los derechos del señor Carlos Vives, que le fueron cedidos contractualmente en forma restrictiva a Caracol, y que Universal Music sobrepasó el alcance de la licencia otorgada por Caracol, vulnerando adicionalmente la normatividad penal en materia de derecho de autor.
- b. Que se ha utilizado sin autorización la marca "Carlos Vives", registrada ante la Superintendencia de Industria y Comercio, utilización que no fue establecida en el contrato suscrito entre Carlos Vives y Caracol, al tenor de lo regulado explícitamente en el mismo, desconociéndose los términos relacionados con los créditos de su interpretación.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

- c. Que se utilizó la imagen de Carlos Vives, no obstante que Caracol tenía los derechos sobre la producción fotográfica, la cual no podía explotar para asuntos diversos de publicitar la novela "Escalona", en cuanto que tales derechos se encontraban restringidos con base en lo establecido en el mencionado contrato, por lo que la compañía Caracol no se encontraba facultada para ceder a Universal Music los derechos comerciales sobre tales fotografías. Ahora bien, señala la actora que quien realizó la explotación comercial no fue la compañía Caracol, sino la sociedad Universal Music y que no es viable intentar una acción contra Caracol, puesto que Universal Music debió actuar como una persona medianamente prudente al revisar los contratos suscritos entre Carlos Vives y Caracol, con la finalidad de determinar si existían restricciones que limitaran sus derechos, por lo que Universal Music fue negligente en su actuar, y tal circunstancia no puede ser alegada como un medio de defensa atendiendo a que los derechos que ostentaba el artista son oponibles a terceros.

Por parte de Universal Music

- Manifiesta el accionado en sus alegatos su acuerdo con el resultado del informe motivado, reiterando que:
 - Universal Music actuó en ejercicio del derecho otorgado por Caracol, quien es el titular de los derechos patrimoniales de los fonogramas que contienen los temas del compilado "*Carlos Vives canta los Clásicos del Vallenato*".
 - Que la utilización del nombre "*Carlos Vives*" obedece al cumplimiento del derecho moral del artista, como derecho conexo al derecho de autor, que obliga a que siempre se mencione su nombre cuando se ejecute su interpretación, de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 175 de la ley 23 de 1982, así como el de indicarlo en el fonograma, actuaciones que se realizaron desprovistas del elemento de deslealtad.
 - Respecto a la palabra "*clásico*", señala el accionado que no se pretendió engañar al público consumidor, sino que por el contrario, se mostraba que el producto contenía canciones que pueden ser calificadas como "*Clásicos del Vallenato*", las cuales el consumidor medio del género puede relacionar con las obras del maestro Rafael Escalona.
 - En cuanto a la utilización de la fotografía en que aparece el artista utilizando el pelo largo, indica el accionado, que acorde con el informe motivado, el público acepta al mismo por lo que representan sus interpretaciones y de manera secundaria por su imagen física, como móvil para comprar sus producciones musicales, agregando que las fotografías se utilizaron con legítimo derecho, al ser la compañía Caracol la propietaria de los derechos patrimoniales sobre las mismas y quien adicionalmente las suministró.
 - Refiere el accionado, que conocer la fecha del lanzamiento de una producción discográfica es un secreto industrial, al ser vital para el manejo de los negocios con la finalidad de poder competir en el mercado. En ese sentido, manifiesta el accionado que no conocía la fecha del lanzamiento del

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

disco de Sonolux, indicando que la diferencia de 5 meses que se presentó entre el lanzamiento de una y otra producción, confirman dicha imposibilidad.

- En relación con los títulos de los fonogramas objeto de la controversia, afirma el accionado que estos son diferentes y que no se aprovecharon de la campaña de expectativa realizada por Sonolux, pues ésta se basó en el lanzamiento del sencillo con el mismo título del fonograma "Déjame Entrar", el que transmitía un mensaje claro al público relacionado con que la última producción del artista contendría esta canción.

2. Legitimación

Se analizará si existe legitimación activa por parte de la sociedad Industria Sonolux para obtener las declaratorias que plantea en sus pretensiones contra Universal Music y si ésta se encuentra legitimada en la causa para que le sean aplicadas. De llegarse a una respuesta negativa frente a cualquiera de los supuestos arriba citados, el análisis concreto de las actuaciones cuestionadas no será necesario, pues los supuestos básicos para un fallo favorable habrían desaparecido y las pretensiones deberían ser declaradas infundadas.

2.1 Legitimación Activa.

En cuanto a la legitimación activa, las normas que resultan relevantes en el presente proceso son el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, en armonía con el artículo 3 del mismo ordenamiento.

El artículo 21 de la Ley 256 de 1996, establece que: "*[c]ualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley*".

Por su parte el artículo 3 del mismo ordenamiento determina respecto de la ley, que esta: "*[s]e le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado*", sin que pueda supeditarse su aplicación a "*la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal*".

Teniendo en cuenta que la sociedad Sonolux tiene como objeto social la fabricación, grabación y estampación de discos y cintas fonográficas, así como la comercialización de los mismos, y que ofrece en el mercado bienes denominados fonogramas, cuya explotación genera una dinámica económica, ésta es participante en el mercado, por lo cual, está legitimada para reclamar de terceros y en particular de Universal Music las pretensiones que se debaten en este proceso, pues puede ver perjudicados o amenazados directa o indirectamente sus intereses económicos, de llegarse a considerar que los actos que demandó son constitutivos de competencia desleal.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

2.2 Legitimación Pasiva.

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 22 de la Ley 256 de 1996: *"las acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal"*.

En el presente caso, independientemente del análisis sobre lealtad o deslealtad de las conductas, los hechos en los que se fundamentan las pretensiones del actor le han sido atribuidos a la sociedad Universal Music, participante en el mercado de la industria fonográfica, concretamente en relación con productos de grabación de sonido y audiovisuales, tal y como se demuestra a través del certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra de los folios 170 a 172 del expediente. En consecuencia, la sociedad Universal Music se encuentra legitimada por pasiva frente a la acción impetrada en su contra.

3. Supuestos generales de la Ley 256 de 1996

Para que una conducta pueda ser considerada desleal a la luz de los artículos 7 a 19 de la Ley 256 de 1996, es necesario comprobar que la situación que se examina se haya desarrollado o haya producido sus efectos en determinado ámbito, objetivo, subjetivo y territorial, los cuales se analizan a continuación:

3.1 Ámbito objetivo de aplicación

En el artículo 2 de la Ley 256 de 1996 se circunscribe el ámbito objetivo de aplicación al disponer: *"Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.- La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero"*.

Los hechos que se debaten fueron realizados por la sociedad Universal Music en el mercado colombiano, fueron idóneos para mantener o incrementar su participación en el mismo, lo que hace presumir que estos tuvieron una finalidad concurrencial, presunción que no fue desvirtuada por la sociedad accionada. En consecuencia, los presupuestos previstos por el artículo 2 de la ley 256 de 1996 se cumplen.

3.2 Ámbito subjetivo de aplicación

El artículo 3 de la Ley 256 de 1996 establece: *"Ámbito subjetivo de aplicación. Esta ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.- La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una*

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal."

El sujeto activo es una sociedad comercial, que ofrece en el mercado sus productos fonográficos en desarrollo de su objeto social y además es comercializador de dichos bienes. Por su parte, el sujeto pasivo es igualmente una sociedad comercial, cuya actividad se encuentra establecida dentro de su objeto social y que se concreta en actividades tales como producir, comprar, vender y realizar negocios de grabación de sonido y de audiovisuales. En consecuencia, tanto la accionante como la accionada participan en el mercado, cumpliéndose así el requisito previsto en el artículo 3 de la ley 256 de 1996.

3.3 Ámbito territorial de aplicación

La Ley 256 de 1996 dispone en su artículo 4: *"Esta ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano."*

Respecto del supuesto establecido en la norma anteriormente transcrita, es de tenerse en cuenta que los hechos que motivaron la acción en el presente caso, tuvieron ocurrencia en territorio colombiano, por lo que de comprobarse la ocurrencia de actos de competencia desleal, sus efectos se produjeron o estarían llamados a producirse en el territorio de la República de Colombia.

4. Análisis de lealtad de la conducta de Universal Music Colombia S.A.

Estando acreditados los supuestos sobre legitimidad en la causa por activa y pasiva, y habiéndose establecido que los hechos objeto del presente proceso reúnen las condiciones generales para ser considerados como actos de competencia, corresponde ahora analizar si los mismos son calificables como desleales, y por tanto, susceptibles de ser declarados como de competencia desleal.

4.1 Consideraciones generales.

La Ley 256 de 1996 es una disposición que se aplica en forma general a todo el mercado y que busca que quienes en éste participan, sean o no comerciantes, se abstengan en emplear en sus actos competitivos, medios o mecanismos que puedan ser calificados como desleales.

En tal sentido, la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela, ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino solamente la utilización de medios indebidos para competir, los cuales, precisamente por ser indebidos, distorsionan la realidad del mercado, pueden causar perjuicio injustificado a quienes los sufren, y rompen la igualdad de quienes compiten lealmente en el comercio, al generar frente a estos últimos, un desequilibrio que sólo se rompería si los competidores leales se vieran obligados también a emplear métodos desleales, lo cual resultaría igualmente reprochable,

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

generándose un caos total en el mercado y exponiéndose al consumidor a las consecuencias nefastas que tal realidad comercial traería.

Lo anterior explica las razones por las cuales el legislador dispuso en el artículo 1º de la Ley 256 de 1996, que dicha regulación se aplica sin perjuicio de otras formas de protección, pues independientemente que el acto desleal infrinja otro ordenamiento, la Ley 256 de 1996 no sanciona el comportamiento por infringir el otro ordenamiento, sino por ser desleal y por los efectos nocivos que el actuar indebido genera para los afectados directos por el acto, y consecuencialmente para los consumidores.

En este orden de ideas, el bien jurídico y el valor supremo que tutela la Ley 256 de 1996, es la lealtad empleada en los medios para competir, lealtad cuya noción y fundamento se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 7º de la propia regulación y en los desarrollos que de dicho inciso se hace en las normas subsiguientes del capítulo segundo de la Ley 256 de 1.996.

Así, el inciso primero del artículo 7º de la Ley 256 establece lo siguiente:

"Artículo 7º.- Prohibición general. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial".

La noción de lealtad arriba citada encuentra su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado de respetar en sus actuaciones la buena fe comercial, por lo cual incurrir en actos de competencia desleal, quienes con su conducta violan dicho deber. Esta interpretación, acorde con el contenido ético que envuelve el concepto de lealtad, permite concluir, como lo hizo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año de 1.958¹, reiterada por la misma Corporación y Sala en agosto de 2001², que actuar lealmente, es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado *standard* de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

Finalmente, al contener el inciso primero del artículo 7º de la Ley 256 de 1996 una prohibición general, ésta irradia y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, las cuales establecen a título enunciativo, algunos actos que el legislador ha considerado que son desleales, por ser conductas opuestas a la manera corriente de quienes obran honestamente en el mercado.

4.2 Análisis de lealtad en el caso concreto.

En el proceso se encuentran probados los siguientes hechos:

- Que en desarrollo de los contratos suscritos entre Caracol Televisión S.A. y el cantante Carlos Vives, este último participó como intérprete de unos *"temas musicales basados en la obra del maestro Rafael Escalona"*, como protagonista de la serie de televisión *"Escalona"* producida por Caracol TV y

1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Doctor Arturo Valencia Zea. Bogotá, 23 de junio de 1.958.

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Magistrado Ponente: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001. Ref. Expediente No. 6146.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

la cual versó "sobre la vida y obra del compositor de música vallenata Rafael Escalona", según declaración que obra a folio 342 del expediente y en la cual se afirma que su interpretación artística ocurrió hace más de diez (10) años.³

- Que entre los años 1991 y 1992, la productora de la serie "Escalona" lanzó al mercado⁴ dos discos compactos con las obras musicales interpretadas en la misma por su protagonista Carlos Vives⁵; la primera de estas obras se denominó "Escalona un Canto a la Vida", la cual contenía un total de 13 canciones todas ellas interpretadas por el protagonista de la novela, Carlos Vives⁶, mientras la segunda de dichas obras se denominó "Escalona Volumen 2" y contenía un total de 13 canciones todas ellas interpretadas por el protagonista de la novela "Escalona", Carlos Vives⁷. (Folios 3, 216, 217 y 232 del expediente).
- Con posteriormente y ya con independencia de Caracol TV, su antigua productora, Carlos Vives lanzó nuevas obras en las que interpretó su propia versión del género vallenato. Dichas obras se titularon "Clásicos de la Provincia" en 1993, "La Tierra del Olvido" en 1995, "Tengo Fe" en 1997 y "El Amor de mi Tierra" en 1999.
- Que Caracol TV, propietaria de los fonogramas contentivos de las pistas de la serie "Escalona"⁸, firmó con Universal Music un "contrato de licencia de fonogramas", donde Caracol autorizó el "relanzamiento" al público de "la producción", la cual consta de 19 canciones, a saber: 1. El Testamento, 2. Jaime Molina, 3. La Casa en el Aire, 4. La Vieja Sara, 5. El Almirante Padilla, 6. La Despedida, 7. La Brasileña, 8. La Molinera, 9. La Custodia de Badillo, 10. La Patillalera, 11. La Maye, 12. El Mejoral, 13. La Golondrina, 14. La Historia, 15. Miguel Canales, 16. El Arco Iris, 17. el Jerre Jerre, 18. El Chervrolito y 19. El Hombre del Liceo⁹, de acuerdo con la documentación que obra de los folios 279 a 280 de expediente.

3 Testimonio Marcela Samiento Pineda: PREGUNTA 3: Podría precisarnos de qué material se trataba.

RESPUESTA: El material en préstamo se trataba de negativos concernientes a la producción de Escalona, que como públicamente se conoce fue producida y presentada por Caracol T.V. hace aproximadamente unos 10 o 12 años, no recuerdo bien la fecha. El archivo fotográfico del canal cuenta con miles de fotografías y negativos, pero exactamente de la producción Escalona podría decir que hay cientos de fotografías en cajas. (folio 342 del expediente)

4 Según afirmación de la denunciante no controvertida por la sociedad denunciada. Radicación 01094433-0 del 1 de noviembre de 2001 (fl.3 del expediente).

5 Interrogatorio representante legal Universal Music de Colombia: Pregunta: Sírvase informar a este despacho las circunstancias de tiempo modo y lugar en que Universal Music puso en el comercio el disco Carlos Vives Canta los Clásicos del Vallenato.

Respuesta: Universal había firmado en el año de 1994 con Caracol por los títulos de Escalona uno y dos que habían resultado de la novela en que Carlos Vives había trabajado para ellos durante ese mismo tiempo, donde se utilizaron los temas objeto de los álbumes. (folio 232 del expediente).

6 Según anexo aportado con los descargos. Radicación 01094433-30013 del 7 de mayo de 2002, folios 216 y 217 del expediente.

7 Según anexo aportado con los descargos. Radicación 01094433-30013 del 7 de mayo de 2002, folios 216 y 217 del expediente.

8 Cláusula 5 del contrato celebrado el 5 de julio de 1991, entre Carlos Vives y la sociedad Caracol Televisión S.A., que reza: "Derechos: La productora por cuya cuenta se produce la obra materia de este contrato, es la titular de los derechos patrimoniales sobre la misma (...)" (a folio 41 del expediente)

9 Folios 279 a 280 del expediente.

“por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal”

- Que en el año 2001 y por instrucciones de Caracol T.V., la señora Marcela Sarmiento, Coordinadora de Prensa del Canal Caracol TV, facilitó a Universal Music un material que se encontraba en el archivo fotográfico del canal, el cual consistía en negativos relacionados con la producción de la serie “Escalona”, producida alrededor de 10 años atrás por Caracol TV.

Según el testimonio de la señora Sarmiento, el material facilitado por Caracol TV a Universal Music y hoy relacionado con esta denuncia, consistió en fotografías del proceso de crecimiento que vive un artista antes, durante y después de las producciones, desde que se va creando el personaje, su evolución dentro de la producción y la imagen que éste generó con posterioridad a la producción, así como los cambios de vestuario, en el aspecto físico y en la interpretación del personaje. Parte de ese material fue utilizado por Universal Music para “apoyar” el disco compacto “Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato”¹⁰, pruebas que obran a folios 183, 327 y 342 del expediente

- Que Universal Music produjo y lanzó al mercado el 31 de mayo de 2001 el compacto “Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato”, donde se reprodujeron las canciones relacionadas en los puntos anteriores y grabadas durante la serie “Escalona”¹¹. (Folio 183 del expediente).
- Que unos meses después, el 24 de septiembre de 2001, según la prueba audiovisual que reposa en el expediente, la sociedad denunciada contrató la emisión de comerciales referentes al disco “Carlos Vives canta los clásicos del vallenato”¹².
- Que Sonolux lanzó al mercado el disco “Déjame Entrar”, del cual es cantautor Carlos Vives, en noviembre de 2001¹³, prueba que obra a folio 327 del expediente.
- Que para reforzar el lanzamiento de que trata el punto anterior, la sociedad Sonolux contrató la emisión de comerciales alusivos a su disco “Déjame Entrar”, la cual – según la prueba audiovisual presentada, que reposa en el expediente, - inició su difusión el 18 de octubre del año 2001.¹⁴

10 PREGUNTA 5: Tiene usted conocimiento si parte del material suministrado en su momento por Caracol a solicitud de Universal Music de Colombia S.A. fue utilizado por esta en relación con el compacto CARLOS VIVES CANTA LOS CLASICOS DEL VALLENATO.

RESPUESTA: Yo puse a disposición de Universal el material fotográfico, los negativos de la serie Escalona y fuera de la empresa en la que trabajo fue seleccionado por ellos mismos el material. Si, es decir el material de Escalona que solo tenemos en Caracol que tenga conocimiento, el material solicitado por ellos, el que nosotros les brindamos para que ellos apoyaran el compacto Carlos Vives canta los Clásicos del Vallenato. (folio 342 del expediente)

11 Anexo del escrito de descargos de Universal Music radicado bajo el número 0109443-3030013 del 7 de mayo de 2002, a folio 183 del expediente.

12 Anexo del escrito de acción de Sonolux radicado en esta entidad bajo el número 0109443-000 del 1° de Noviembre de 2001.

13 Interrogatorio de parte del señor Jesús María Durán, representante legal de Sonolux, pregunta 1. Folio 327 del expediente.

14 Anexo del escrito de acción de Sonolux radicado en esta entidad bajo el número 0109443-000 del 1° de Noviembre de 2001.

“por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal”

4.3. Análisis de las conductas de competencia desleal

4.3.1. Conducta de Universal Music frente al artículo 11 de la Ley 256 de 1996 - actos de engaño - .

La ley 256 de 1996 establece en su artículo 11, lo siguiente:

“Actos de engaño. En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimiento ajenos.

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de productos.”.

Tal y como se expone en el artículo transcrito, la conducta que en dicha norma se reprime, busca evitar y sancionar el error que se genera en el público consumidor, como consecuencia de la conducta que desarrolla un competidor. Así las cosas, el error al que hace referencia la norma, corresponde al que se genera en el receptor de una comunicación, como consecuencia de un juicio ajeno a una realidad o a una distorsión en torno a la misma, de tal forma que el receptor de la información cree que la representación mental que hace de aquello que se le comunica, coincide con la realidad, cuando lo cierto es que discrepa de la misma.

Como consecuencia de lo anterior, dado que el error implica una comparación entre lo informado, la representación que de lo informado hace el receptor y la realidad del bien o servicio informado, el error sólo se puede predicar de cosas o aspectos objetivos, pues sólo éstos son susceptibles de ser valorados como ciertos o falsos y sólo éstos pueden ser representados en la mente del consumidor y ser confrontados con la realidad.

Lo anterior explica la presunción que trae la norma acerca del engaño, la cual parte del supuesto que cuando se realicen aseveraciones falsas en torno a elementos objetivos, se induce a error al consumidor.

Como se expone mas adelante, en el caso que nos ocupa no existió tal inducción a error al público consumidor por parte de la sociedad Universal y, en consecuencia, se hace imposible para este Despacho la declaratoria de competencia desleal que con base en la presente norma, pretende la sociedad denunciante.

- El caso concreto

- i) Utilización de la imagen de Carlos Vives en la carátula y publicidad

Manifiesta el accionante, que al utilizar la accionada la imagen del artista Carlos Vives en la carátula, contracarátula y en la publicidad del disco, se está

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

induciendo en error al consumidor, al hacerle creer que se trata de una nueva producción del artista.

Por su parte, el accionado se opone a tal afirmación, manifestando que la imagen contenida en la compilación y en la publicidad corresponde a fotografías proporcionadas por Caracol TV, realizadas para la promoción de la serie Escalona y cuyos derechos fueron cedidos a Caracol mediante los contratos de actuación e interpretación que suscribió el artista con Caracol.

Frente a los anteriores argumentos, el Despacho considera lo siguiente:

- Utilización de la imagen de Carlos Vives en el disco.

Respecto del debate que se presenta en torno a la utilización y a la supuesta cesión de los derechos de autor sobre las fotografías que aparecen en el disco, este Despacho considera que dicho debate no es el objeto de este proceso por competencia desleal, y en tal sentido no le corresponde entrar a determinar si como consecuencia de la negociación privada que sostuvieron Carlos Vives y Caracol, ésta última compañía gozaba de los derechos para disponer de la obra fotográfica del artista, en la medida en que esa controversia corresponde a aspectos relativos al derecho de autor, entre sujetos diferentes a Universal Music y Sonolux, quienes son las partes que actúan en este proceso.

Ahora bien, en cuanto al pretendido engaño que alega la actora que surge por el uso de la imagen del señor Carlos Vives en el disco objeto de este proceso, considera el Despacho que tal engaño no se presenta, por las siguientes razones:

- Como lo recuerda el artículo 177 del C.P.C., "[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen." Dado que la actora argumenta que las fotografías que aparecen en la carátula del disco inducen a engaño al consumidor, y en tal sentido infringe el artículo 11 de la Ley 256 de 1996, es la actora quien tenía la carga de probar el supuesto engaño.
 - En el presente caso se observa que si bien la imagen del artista Carlos Vives ha cambiado en el transcurrir de su carrera, y que en sus últimas producciones ha mostrado una imagen ya habitual y consolidada de su presentación personal, **no existe prueba alguna en el expediente que demuestre que el consumidor consideró que la producción demandada correspondía a la nueva producción de Carlos Vives titulada "Déjame Entrar", y no a la que realmente era ("Carlos Vives canta los clásicos del vallenato")**, como lo pretende la parte actora.
 - Así las cosas, al no existir prueba que evidencie el engaño que alega la actora, este Despacho no puede concluir que tal engaño existió, debiendo declarar infundada la pretensión de infracción al artículo 11 de la Ley 256 de 1996 a que hace referencia este cargo.
- Utilización de la imagen en la publicidad.**

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

En relación con la publicidad difundida en la televisión, es de mencionar que la sociedad denunciada emitió a partir del 24 de septiembre del año 2001, un comercial mediante el cual promocionó el disco "*Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato*". Analizando el comercial en mención, el Despacho pudo establecer que las imágenes que en él se reproducen, corresponden a la producción televisiva "*Escalona*" realizada por la sociedad Caracol. Adicionalmente, al final del mencionado comercial, en la parte inferior izquierda de la pantalla, aparecen las marcas "*Universal Music*" y "*Caracol*", con las cuales se hace claridad al público sobre la procedencia empresarial de la producción musical que se promociona.

Por su parte, la sociedad Sonolux, emitió comerciales de televisión desde el 18 de octubre de 2001, informando el lanzamiento de la última producción del señor Carlos Vives, denominada "*Déjame Entrar*", lanzamiento que se anunció para el mes de noviembre de tal año.

Respecto de la anterior circunstancia, este Despacho considera que los comerciales de televisión en los que se anunciaba el disco "*Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato*", no eran susceptibles de inducir a engaño al consumidor, pues en ellos era claro que se trataba de un disco en el que Carlos Vives cantaba las canciones que interpretó en la serie "*Escalona*", toda vez que el mencionado comercial reproducía imágenes de dicha telenovela. Si a lo anterior se agrega que el comercial era claro en anunciar el título del disco ("*Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato*"), el cual es sustancialmente distinto al de "*Déjame Entrar*", se concluye que difícilmente es posible pensar que un consumidor se viera engañado por los comerciales cuestionados.

Por otra parte, para la época en que ambos discos se encontraban en el mercado, los responsables de las dos producciones no se limitaron a exhibir las carátulas de los mismos en los almacenes; sino que por el contrario, ambos difundieron publicidad en televisión en la que anunciaban sus discos, mediante comerciales que eran sustancialmente distintos. Así, mientras el comercial del disco "*Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato*" mostraba fragmentos de la novela "*Escalona*" en los que el artista interpretaba canciones del Maestro Rafael Escalona y se anunciaba el título de la obra, en los comerciales del disco "*Déjame Entrar*" se anunciaba una producción nueva y se mostraba al señor Carlos Vives, interpretando canciones hasta entonces desconocidas.

En consecuencia, para la época en que ambos discos se encontraban en el mercado, el consumidor tenía suficiente información y claridad acerca de la existencia de dos discos sustancialmente distintos, pues tanto por la publicidad, como por los títulos mismos de los discos, era fácil concluir que el disco "*Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato*", no era la nueva producción "*Déjame Entrar*" que estaba introduciendo al mercado la actora. Por lo anterior, el Despacho considera que el pretendido engaño que alega la actora no se presentó, pues la simultaneidad de la información publicitaria recibida por los consumidores, unida a las diferencias existentes en el contenido de los comerciales y la diversidad de los títulos de los discos, impedía que los consumidores consideraran que con la publicidad del disco "*Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato*", se estuviera anunciando el disco "*Déjame Entrar*".

“por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal”

Finalmente, y en el mismo sentido que se expuso al evaluar las fotografías que aparecían en el disco, la parte actora no probó el pretendido engaño al que supuestamente induciría el comercial cuestionado, por lo cual, independientemente de lo ya expresado, no existe prueba alguna en el expediente que soporte el engaño argumentado por la actora en su pretensión.

ii) Mención del compositor Rafael Escalona en la carátula y en la publicidad del compilado de Universal.

Señala la accionante, que ni en la carátula, ni en la publicidad emitida del disco compilado y comercializado por el accionado, se hizo referencia a que los temas musicales eran de composición del maestro Rafael Escalona, hecho éste que da origen a un engaño del público consumidor.

Por su parte, el demandado hace referencia a que la publicidad emitida fue reiterativa en mostrar una compilación de clásicos vallenatos, soportada en imágenes de la novela, tanto en material audiovisual como fotográfico, indicando, adicionalmente, que la publicidad televisiva fue emitida en septiembre, porque sólo hasta esa fecha se pudo llegar a un acuerdo con Caracol, para efectos de concretar un negocio de participación.

Este Despacho considera que respecto de la carátula, ciertamente no se encuentra la mención del compositor de los temas vallenatos incluidos en la compilación, sin embargo, de el hecho no se puede inferir una inducción a error, al encontrar que en el mercado de las producciones tanto compiladas como no compiladas (nuevas producciones), no es característico que junto a la mención del artista principal, se mencione en la carátula al compositor de los temas.¹⁵

En tal sentido, es dicente que las propias producciones del artista Carlos Vives no hacen tal evocación en la carátula, sino al interior del librito guía de cada fonograma, bien sea junto con las letras o con los créditos finales. También es de subrayar, la no obligación legal de exhibir el nombre del compositor junto con el del artista en la carátula. Sin embargo, en cumplimiento de la obligación de protección del derecho moral de autor, en el contenido del librito del disco objeto de esta demanda, se aprecia la mención de “*Rafael Escalona como compositor de todos los temas*”, ubicada en el segmento de créditos, el cual también es estandarizado de acuerdo con los usos de la industria fonográfica.

Las circunstancias antes señaladas, le sustraen el carácter de mensaje incompleto y premeditado a la carátula de la compilación ante el adquirente del producto, toda vez que el título con el que Universal Music bautizó tal compilado, evoca el género musical de las obras, así como su temporalidad, despojándole el carácter de mensaje incompleto a que hace referencia la actora.

Ahora bien, en relación con la publicidad, de acuerdo con el video aportado al proceso por los demandantes, contentivo del comercial de televisión de la sociedad Universal, se observan que éste contiene imágenes audiovisuales y fotográficas donde se hace alusión a la telenovela del compositor Escalona.

15 Catálogo Universal Music de Colombia S.A. Folios 237 a 274 del expediente radicado bajo No. 01094433

“por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal”

Por lo anterior, el Despacho considera que no haber mencionado el nombre del compositor de las obras en la carátula del disco “*Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato*”, no induce a engaño al consumidor, pues no es una regla general que se mencione al autor en la carátula de los discos, sobre todo cuando éstos son interpretados por personas distintas al propio autor. Por la misma razón, tampoco se induce a engaño al consumidor al no mencionar al autor de las obras que contiene un disco en la publicidad que de éste se hace, pues siendo la publicidad un elemento con el cual los anunciantes promueven la adquisición de un disco, lo normal es que en dicha publicidad no se anuncie el nombre del compositor de la obra, si éste no es mencionado en la carátula del disco.

En consecuencia, el Despacho considera infundada la pretensión de engaño que con base en los argumentos arriba expuestos presenta la parte actora.

iii) En las tiendas de discos, al preguntar por lo último o lo nuevo de Carlos Vives, se enseña el compilado de Universal.

Manifiesta la accionante, que al preguntar en las tiendas de discos por lo último o lo nuevo del artista Carlos Vives, se le muestra el disco de Universal Music, lo que da origen a una inducción a error al público consumidor.

Nuevamente en este punto la parte actora no aporta ninguna prueba que respalde su afirmación.

Por otra parte, la afirmación que presenta la actora en este punto, no corresponde a una afirmación indefinida. Como lo señala la doctrina “... *no son infrecuentes los casos en que el demandante, al elaborar la demanda inicial del proceso, consigna en ella afirmaciones de hechos positivos y negativos como fundamento de sus pretensiones. Y si en relación con los primeros es claro que corre siempre con el deber de probarlos; no acontece lo propio con los segundos, puesto que éstos en algunos supuestos son de imposible demostración.*”¹⁶

En el caso concreto, la afirmación relacionada con el hecho de que al acercarse a las tiendas de discos y preguntar por el último o nuevo disco de Carlos Vives, los vendedores le enseñan al comprador el disco de Universal Music, es una afirmación que corresponde a hechos que cuentan con la posibilidad de ser probados, en la medida que aluden a circunstancias de tiempo, modo y lugar susceptibles de ser demostradas por cualquier medio probatorio idóneo (por ejemplo, testimonios). Con base en lo anterior y establecida la afirmación como definida, no es viable jurídicamente aplicar la figura de la inversión de la carga de la prueba de tales hechos en cabeza de la accionada, sino que tal prueba le es propia en su demostración al accionante, pues es él quien está en el deber de demostrar tales supuestos.

No habiéndose fundamentado por el accionante las afirmaciones de los alegatos en aspectos tales como la ubicación de las tiendas de discos que se visitaron, el momento en que se realizaron tales visitas, ni aportado las declaraciones de los operarios de tales establecimientos, siendo éstas situaciones fácticas determinables, es forzoso concluir que se está ante meras apreciaciones

16 Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio, Tercera Edición, Librería del Profesional, citando la G.J.T:XLVIII. Pág. 400.

“por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal”

subjetivas, que no pueden considerarse como hechos probados que sirvan de base para una condena judicial.

iv) El consumidor promedio no se detiene a escuchar los temas del disco, sino que lo adquiere porque es el artista de su predilección.

La accionante afirma que un consumidor promedio no se detiene a escuchar los temas del disco, sino que lo adquiere porque es el artista de su predilección, para luego contrariarse al darse cuenta que el disco es la reedición de temas anteriores.

Este Despacho reitera que bajo los mismos parámetros atrás esbozados, no se está ante una afirmación indefinida, por cuanto los hechos que se desprenden de la misma, son susceptibles de demostración y determinación, por lo que con base en el principio de *onus probandi incumbit actori*, le corresponde a la accionante probar los hechos en los que funda su acción. En esa medida, incumbía a la sociedad Sonolux demostrar el comportamiento del consumidor promedio en lo tocante a la motivación para tomar la decisión de adquirir tal fonograma, pues sin esta prueba, no se está más que ante un criterio personal del demandante, desprovisto de una base real en su apreciación.

Adicionalmente, no parece un comportamiento natural del consumidor cuyo artista preferido sea el señor Carlos Vives, el omitir verificar la inclusión del tema de su predilección dentro de los temas del nuevo fonograma, o de por lo menos adquirir el sencillo “*Déjame entrar*”, que previamente al lanzamiento final de la producción fonográfica ya había sido publicitado y promocionado, y el cual hacía las veces de preludio de los demás temas musicales contenidos en el nuevo producto fonográfico del intérprete. Si ello no fuera un comportamiento normal del consumidor de música, no entiende este Despacho el por qué de la existencia de cabinas sonoras y de audiodispositivos, que permiten apreciar y distinguir los trabajos musicales en las tiendas de discos.

En consecuencia, el Despacho considera infundada la pretensión de engaño que con base en los argumentos arriba expuestos presenta la parte actora.

iv) Anunciar como clásicos las composiciones de un sólo autor.

Indica la accionante, que es manifestación del engaño del accionado, el que se anuncien como clásicos las composiciones de un sólo autor, por cuanto se omiten las verdaderas características del producto, induciendo en error al público consumidor.

Frente a este cargo, la accionada responde afirmando que lo anterior es una apreciación de la sociedad accionante, que en nada fundamenta las conductas imputables a Universal Music, por lo que entra a definir la noción de “clásico” que contiene el Diccionario de la Lengua Española.

Este Despacho, acoge la definición de la expresión “clásico” traída a colación, la cual manifiesta que se entiende por tal calificativo “*aquello que se considera*

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

*modelo en su género*¹⁷. En tal sentido, se estima que si el compositor Rafael Escalona se reputa y es considerado por terceros como "*Maestro*", su obra sin duda debe ser modelo dentro de su género, como en efecto ha sido considerada.

Por otra parte, no hay elementos de juicio que aten la noción de "*clásico*" en el mercado discográfico a una colectividad o a una sola persona en forma exclusiva, ya que su uso se hace indistintamente dependiendo del contexto al que se haga referencia. Así, como se ha dicho anteriormente, la música del compositor Rafael Escalona es considerada como clásica dentro del género del folklore vallenato colombiano, por lo cual resulta acertado titular un disco que contenga la música de dicho compositor como "*clásico*".

En relación con la supuesta omisión de las verdaderas características del producto, a pesar de que la compañía Universal Music omitió indicar al consumidor en la carátula del disco que éste era un compilado, pone de manifiesto este Despacho que al haberse utilizado la palabra "*clásicos*" como parte del título, el consumidor infiere que se trata de temas ya editados o publicados en una época anterior, es decir, de catálogos ya puestos en el mercado con anterioridad, lo cual hace que el uso del término "*compilación*" sumado a "*clásicos*" resulte redundante.

Es de anotar que con base en las pruebas aportadas por las partes al expediente, son pocas compilaciones que salen al mercado y que en su título incluyen la palabra "*Compilación*", lo cual confirma que al no ser ese término habitual en los títulos de los discos, su omisión no induce a engaño al consumidor, pues como se dijo, al haberse utilizado el vocablo "*clásicos*", el mensaje que de dicho título recibía el consumidor, era claro en establecer que el disco contenía canciones conocidas de tiempo atrás.

Por otra parte, es de tener en cuenta que la selección del título de un fonograma por parte de su productor, es un elemento propio de la libertad de empresa y de iniciativa privada. En tal sentido, si el productor considera que comercialmente no es sonoro, atractivo o llamativo emplear la palabra "*compilado*" en su producto, y que para ilustrar el contenido del fonograma resulta más sonoro, atractivo o comercial utilizar un término que transmita el mismo mensaje, pero con otra denominación, como por ejemplo "*clásico*", no encuentra el Despacho que sea jurídicamente posible coartar esa iniciativa empresarial, pues como se dijo, la misma se soporta en la libertad de empresa y de competencia, con base en la cual los participantes en el mercado son libres de emprender las estrategias competitivas que crean más convenientes para sus intereses económicos, siempre y cuando, como sucede en el presente caso, no se afecten indebidamente los intereses de los consumidores, de los competidores y del mercado.

Finalmente, según se aprecia en las pruebas aportadas al proceso, ninguno de los discos de Universal Music¹⁸ que contienen compilaciones, utiliza en el título

17 Noción de clásico "(...) 3. Dicho de un autor o de una obra: Que se tiene por modelo digno de imitación en cualquier arte o ciencia. (...)" Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición.

18 Copias del Catálogo General de Universal Music de Colombia S.A. a folios 237 a 274 del expediente.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

de las misma la palabra "compilado", pues por regla general se utilizan expresiones que aunque denotan el mismo entendimiento, emplean palabras diferentes y son seguidas del nombre del artista o del género musical contenido en la obra. Ejemplo de lo anterior, son los siguientes términos de uso común en las compilaciones: *Greatests Hits* (Grandes Éxitos), *Superéxitos*, *The best of ...* (Lo mejor de ...), *The Antology* (Antología), *The Singles* (los sencillos), *Golden Hits* (Éxitos de oro), *Classics* (clásicos)..

De lo anterior se concluye, que el hecho de que la accionada haya sustituido la palabra "compilación" por la expresión "clásicos", y que haya incluido en el título de la obra el nombre del cantante, en nada induce a engaño al consumidor, pues el título de la obra es claro en expresar que se trata de canciones pertenecientes al género vallenato ya conocidas por los oyentes y que éstas son interpretadas por Carlos Vives. Dado que lo anterior coincide con el contenido del disco, no se induce a engaño al consumidor, pues no se genera en él una representación distorsionada de la realidad.

v) Aprovechamiento de la campaña de expectativa del nuevo disco de Carlos Vives.

Manifiesta la accionante que Universal Music se aprovechó de la campaña de expectativa desarrollada para el disco "*Déjame Entrar*", campaña que se habría basado en la publicidad del artista realizada por diferentes medios de comunicación, y en la realización de un concierto en la ciudad de Bogotá D.C., el día 9 de julio del año 2001. Según la actora, el mencionado aprovechamiento habría consistido en la actitud de la accionada para hacer creer al público consumidor que su compilado, lanzado a mediados de julio de ese año, era la nueva producción del artista, induciendo al público consumidor a error respecto de ese aspecto.

Frente a este cargo, la accionada niega tal hecho, al señalar que el compilado de Universal Music no se lanzó a mediados de julio de 2001, sino el 31 de mayo de ese año, hecho que se prueba en el informe de la etiqueta del producto, pues en ésta consta que tal lanzamiento se realizó cinco meses antes de que se produjera el del fonograma "*Déjame Entrar*", el cual fue lanzado al mercado el 8 de noviembre de 2001. Adicionalmente, la accionada manifiesta que no le consta la realización del concierto, pero que de haberse dado, éste fue una coincidencia que se presentó con el lanzamiento del compilado, lo cual no puede entenderse como un aprovechamiento de la campaña de expectativa.

En opinión de este Despacho, la denominada campaña de expectativa no se encuentra demostrada con las pruebas presentadas por la accionante, en la medida que no fueron aportados elementos que acrediten la respectiva publicidad y promoción del artista, ni que prueben la contratación o los emolumentos generados por concepto de las mismas con los diferentes medios de comunicación. En igual sentido, la actora tampoco demostró que tales campañas fueran llevadas a cabo en un determinado tiempo previo al lanzamiento del disco de Sonolux, y mucho menos que dicha campaña generara en el público el interés y curiosidad sobre la actividad del artista en torno a su futura producción fonográfica.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

Del análisis de las pruebas aportadas al expediente, se encontró que la fecha del lanzamiento del disco de Universal Music fue el día 31 de mayo de 2001¹⁹, época anterior al concierto del artista, el cual fue realizado el 9 de julio de ese mismo año, de donde se deduce, que Universal Music no actuó de manera premeditada con la finalidad de aprovechar las actividades empresariales de Sonolux, hechos que se presentaron con posterioridad al lanzamiento del compilado de Universal Music al mercado y que no se probó que conociera la accionada.

En relación con la realización del concierto del 9 de julio del año 2001, no se encuentra demostrado que éste fuera parte de alguna campaña de expectativa entorno a la nueva producción del artista, puesto que no se tiene certeza de que en el desarrollo del mismo, el artista hubiera promocionado su nuevo fonograma, o que hubiera interpretado algún tema de la nueva producción, si se atiende al hecho de que tanto el sencillo "*Déjame Entrar*", así como la nueva producción del mismo nombre, tan sólo fueron lanzados al mercado cinco meses después.

De otra parte, de las pruebas audiovisuales aportadas al expediente, las cuales contienen la publicidad realizada en televisión para los discos "*Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato*" y "*Déjame Entrar*", se tiene que la del primero fue difundida desde el 24 de septiembre de 2001²⁰, mientras que la del segundo lo fue a partir del 18 de octubre del mismo año. Así las cosas, no encuentra el Despacho que la accionada haya aprovechado la publicidad de expectativa del disco "*Déjame Entrar*", pues si bien éste fue anunciado antes de su lanzamiento en noviembre de 2001, de todas formas la publicidad de la accionada fue anterior a octubre 18 de 2001, fecha a partir de la cual la actora empezó la publicidad de su disco.

En consecuencia, el Despacho considera infundada la pretensión de engaño que con base en los argumentos arriba expuestos presenta la parte actora.

vi) Aprovechamiento del deseo del público de oír a Carlos Vives interpretando música de compositores vallenatos.

Señala el accionante, que Universal Music se aprovechó del deseo del público de volver a oír interpretar a Carlos Vives música de compositores vallenatos, lo que produjo un engaño frente al consumidor.

Reitera este Despacho, que las afirmaciones referidas a hechos positivos ajustados a circunstancias determinadas o determinables en cuanto a aspectos de tiempo, modo y lugar, se constituyen en afirmaciones definidas, las cuales son susceptibles de prueba y requieren ser demostradas por quien las asevere. Dado que la actora no demostró mediante estudios de mercado u otras pruebas

19 Informe de etiqueta del disco Carlos Vives Canta los Clásicos del Vallenato donde consta la fecha de lanzamiento el 31 de mayo de 2001, a folio 183 del expediente radicado bajo el No. 01094433.

20 La publicidad televisiva del compilado de Universal fue lanzada en el canal Caracol a raíz de conversaciones que se sostuvieron entre las dos empresas con miras a que Caracol obtuviera regalías con la participación de las ventas del disco, como consta en comunicación del Gerente de Mercadeo de Universal dirigida al gerente general de Caracol TV, a folio No. 182 del expediente y en testimonio del Gerente de Mercadeo de Universal del 31 de octubre de 2002, a folio No. 322 del expediente.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

legalmente aceptables que el público deseaba volver a oír interpretar a Carlos Vives música de compositores vallenatos, el Despacho no puede tener como probada tal afirmación.

Por otra parte, asumiendo en gracia de discusión que tal afirmación fuera cierta, de todas formas la accionada no actuó deslealmente, pues el proporcionar al público un producto que él desea, es un desarrollo natural de la libertad de empresa y de iniciativa privada.

Finalmente, se reitera que el hecho de que la accionada haya ofrecido un disco en el que se anuncia que Carlos Vives interpreta clásicos del vallenato, como lo son los del Maestro Escalona, en nada engaña al consumidor, pues lo anunciado corresponde a la realidad del producto, y en consecuencia, su publicidad, al igual que el título mismo de la obra, no genera en el receptor de éstos una representación distorsionada de la realidad, sino una representación coincidente con ésta.

En consecuencia, el Despacho considera infundada la pretensión de engaño que con base en los argumentos arriba expuestos presenta la parte actora.

Conclusión.

Con base en lo anterior, este Despacho considera que los actos de la sociedad Universal Music, de acuerdo con los presupuestos legales ya mencionados, no tuvieron aptitud para engañar al público consumidor sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, ni sobre la información o la publicidad suministrada, por lo cual se deben declarar infundadas las pretensiones de la actora, vinculadas con el artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

4.3.2. Conducta de Universal Music de Colombia S.A. frente al artículo 8 de la Ley 256 de 1996 - actos de desviación de la clientela.

La Ley 256 de 1996, establece en su artículo 8:

"Se considera desleal toda conducta que tenga como objetivo o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial."

Como se dijo al iniciarse el estudio de lealtad de las conductas demandadas, la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela, ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, objetivos que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino que reprime la utilización de medios indebidos para competir, los cuales, precisamente por ser indebidos, distorsionan la realidad en el mercado, causando perjuicio injustificado a quienes los sufren. Este principio se refleja con claridad en el artículo 8° de la Ley 256 de 1996, pues como dicha norma lo indica, la desviación de la clientela de un tercero se considera desleal, sólo cuando para tal fin, se emplean mecanismos contrarios a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

En el presente caso, no cabe duda que las partes que se enfrentan en este proceso son competidoras y que el hecho de que la accionada haya ofrecido en el mercado un disco en el que el artista es Carlos Vives, es un acto que puede desviar la clientela del disco de la actora. No obstante lo anterior, ese hecho por sí sólo no es constitutivo de competencia desleal, sino que por el contrario, es un desarrollo de la competencia misma que viven los competidores en el mercado, pues siendo la competencia una lucha por alcanzar un mismo fin, en este caso el favor o la preferencia de los clientes, es legítimo que los competidores participen en el mercado ofreciendo sus productos, a fin de que el consumidor prefiera éstos y no los del competidor.

Así las cosas, lo que se debe establecer en este caso no es si la accionada desvió o no la clientela de su competidora, sino si tal desviación se produjo mediante el empleo de medios que fueron contrarios a las sanas costumbres mercantiles, o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

El término "costumbre" no tiene un significado unívoco en nuestro derecho, especialmente cuando está vinculado con adjetivos que denotan un comportamiento moral o ético tales como "buenas", o en este caso "sanas". Como se observa en los ejemplos que cita la Corte y que se transcriben a continuación, el término costumbre no implica necesariamente costumbre como fuente de derecho, sino que en muchos casos la expresión costumbre está ligada a la práctica conforme a la moral, utilizando para tal fin el vocablo costumbre acompañado de un adjetivo que denote un estándar ético, como por ejemplo el de las buenas costumbres o sanas costumbres. Así, ha dicho la Corte que:

"En la legislación colombiana, la alusión a la moral no se encuentra únicamente en el artículo 13 de la ley 153 de 1887. Está en otras normas del Código Civil, con la denominación de buenas costumbres, o con la referencia expresa o tácita a la moral:

a) Según el artículo 16, "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres";

*(...) c) El artículo 1524 define la **causa ilícita** como la prohibida por la ley, o contraria a las **buenas costumbres** o al orden público;*

(...) e) El artículo 627 consagra como causal de remoción de los guardadores la "conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo;"²¹ (Negrillas originales.)

En igual sentido, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena se ha pronunciado en esa misma dirección, afirmando lo siguiente:

"Debe precisarse que los términos "buenas costumbres" a los que hace referencia el literal g) del artículo 72 de la Decisión 313 no pueden ser confundidos con la costumbre como fuente del derecho nacida de la práctica social ni, de manera particular, con la costumbre mercantil, la cual tiene esencial importancia dentro del ámbito del

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

Derecho Comercial dado su característico dinamismo y constante evolución; muestra de esa importancia constituye el reconocimiento hecho por las leyes mercantiles al otorgar a la costumbre valor como fuente del derecho, equiparándola incluso a la propia ley, dentro de determinados parámetros (verbigracia Art. 3 del Código de Comercio colombiano: "La costumbre mercantil tendrá la misma fuerza que la ley comercial, siempre que..."; Art. 4 del Código de Comercio ecuatoriano: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando...").

Pero no puede hablarse en el mismo sentido (costumbre como fuente de derecho – se agrega) cuando la ley se refiere a las "buenas costumbres", consideradas como la "conformidad que debe existir entre los actos humanos y los principios de la Moral" (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas. T. I, 23a. Edición, Editorial Heliasta, 1994, p. 522). Concluye, con mucha veracidad, el profesor Cabanellas al decir que "las buenas costumbres a que incorrectamente se refiere el legislador no son otra cosa que la moral pública, en la que tanto influyen las corrientes del pensamiento de cada época, los climas, los inventos y las modas". Sobre el orden público y las buenas costumbres este Tribunal se ha pronunciado en las Interpretaciones Prejudiciales 3-IP-88, 4-IP-88, 3-IP-91, 2-IP-94, 4-IP-94, entre otras.

Por todo lo anterior es comprensible que cuando el legislador se refiere a la "costumbre mercantil" hace alusión a la costumbre como fuente del Derecho Comercial y cuando se utiliza la expresión "buenas costumbres", en cambio, se cautela la moral social aceptada o predominante según el lugar y la época (Ver Proceso 4-IP-88, Gaceta Oficial No. 35 del 24 de enero de 1989)."²² (Negrillas fuera del texto.)

En casos concretos sobre competencia desleal, la jurisprudencia nacional ha seguido la misma tendencia de considerar la expresión sanas costumbres, no como fuente de derecho, sino como estándar ético. Al Respecto el Tribunal Superior de Medellín ha manifestado:

"Al efecto, esa terminología del artículo 75 del código de comercio, aún la que alude a la COSTUMBRE MERCANTIL, no puede entenderse como correspondería a la costumbre secundum leggem, costumbre como norma positiva, sino apenas como esos principios éticos que deben presidir la competencia. No es pues que tenga que ubicarse como norma general abstracta con fuerza de ley, una costumbre mercantil, que deba ser probada de acuerdo a la ley procesal, y que sea preciso igualmente demostrar su violación, con la conducta del comerciante, no. Cuanto procede es la alegación de una conducta del empresario competidor, frente a su competidor, que desborde esos principios éticos que deben presidir la competencia, que sea contrario a la buena fe comercial, al normal y honrado desenvolvimiento de la actividad competitiva, que no sea probo ni correcto, de acuerdo con los usos y comportamientos normales en el

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

*comercio; cualquier conducta que desborde esas prácticas usuales, es perniciosa y desleal.*²³

Como se observa, la Corte Constitucional, el TJAC y el Tribunal Superior de Medellín son claro en establecer que una cosa es la costumbre mercantil como fuente de derecho, y otra las buenas costumbres o las sanas costumbres, las cuales hacen referencia a la ética y a la moral que debe imperar en el mercado y no a las costumbres mercantiles como fuente de derecho.

Finalmente, los **antecedentes históricos** de la Ley 256 de 1.996 llevan a la conclusión de que las sanas costumbres mercantiles, reflejan un valor moral que desborda su asimilación formal y ritual con las costumbres mercantiles. Así lo expresó el Legislador al exponer que **"la tipificación del comportamiento desleal se apoya en una cláusula general que tiene en cuenta el obrar de buena fe comercial y dentro del normal y honrado desenvolvimiento de los negocios"**²⁴ y al determinar que el artículo 7º de la ley estuviera en concordancia con el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París aprobado mediante Ley 178 de 1994 y que dicha norma contuviera *"una definición general de competencia desleal, de forma similar a la que contenía el artículo 10º de la Ley 155 de 1.959"*²⁵ Así las cosas, el Legislador basó la represión de la deslealtad en la noción de *"usos honestos en materia industrial y comercial"* contenidos en el Convenio de París y en la represión de los actos que sean contrarios al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales y mercantiles, con lo cual se enfatizó el carácter ético de la competencia desleal.

En consecuencia, dado que éticamente es igualmente reprochable violar la ley, transgredir una costumbre y/o actuar por fuera de los parámetros que determinan cuales son los usos honestos en el comercio, quien así actúa viola en todos los casos las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial y comercial, y en consecuencia su obrar es desleal, pues su comportamiento no se compaginó con la forma honrada y éticamente cuidadosa como deben actuar las personas honestas en el mercado.

En relación con los hechos objeto del presente proceso, este Despacho considera que los actos que presenta la actora, no son constitutivos de competencia desleal por desviación de la clientela ajena, pues la accionada no incurrió con su actuar en actos contrarios a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial, como se expone a continuación.

i. Lanzamiento de la compilación de Universal dentro del tiempo en que Carlos Vives debía lanzar el nuevo disco.

Indica la actora, que la accionada lanzó su compilación dentro del tiempo en que el señor Carlos Vives iba a sacar al mercado su nueva producción,

23 Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, sentencia de febrero 3 de 1992

24 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 67/94 Senado – el cual culminó con la expedición de la Ley 256 de 1.996. Gaceta del Congreso del 9 de Septiembre de 1.994.

25 Ley 155 de 1.959. Artículo 10. Constituye competencia desleal todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

siendo éste un hecho notorio, que incidió en la desviación de la clientela relacionada con su producción fonográfica.

Sea lo primero anotar, que el hecho de ofrecer un producto en el mercado, inclusive antes de que lo haga el competidor, no es un acto que en sí mismo pueda ser considerado como desleal, sino que por el contrario, es un acto que refleja una actitud competitiva, acorde con la libertad de competencia que predica el artículo 333 de la Constitución Política. Así las cosas, ofrecer productos para competir en el mercado y como consecuencia de ello ganar clientela, inclusive a costa del competidor, es un acto natural al mercado, que en nada contraviene las sanas costumbres mercantiles, ni los usos honestos en materia industrial y comercial, pues el actuar honesto en el mercado, radica precisamente en disputar una clientela, ofreciendo para ello bienes o servicios que permitan al consumidor o comprador ampliar las posibilidades de elección entre los varios que le son ofrecidos en el comercio. Por el contrario, lo que sí puede contravenir el orden jurídico, es no competir, o abstenerse sin una justificación comercial de hacerlo, actitud que si se realiza, puede ser constitutiva de un acuerdo entre competidores contrario a la competencia y ser sancionado y reprimido con base en lo dispuesto por los artículos 333 de la Carta, la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992.

Por otra parte, frente a la manifestación de la actora en el sentido de que el lanzamiento del nuevo disco del señor Carlos Vives era un hecho notorio, y que el lanzamiento anterior del disco "*Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato*", incidió en la desviación de la clientela de la actora, caben los siguientes comentarios:

Respecto del alcance que la noción del hecho notorio tiene en nuestra legislación, la doctrina nacional ha señalado los siguientes elementos:

"A) No se requiere que el conocimiento sea universal: Exigir que el hecho sea conocido universalmente para poder considerarlo notorio sería, por lo menos, ingenuo."

"B) No se requiere que todos lo hayan presenciado, basta que esas personas de mediana cultura lo conozcan."

*"C) El hecho puede ser permanente o transitorio; lo importante es que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan, como ya lo hemos indicado."*²⁶

Si bien la actora fundamenta su aseveración de que es un hecho notorio que Carlos Vives lanza al mercado un trabajo nuevo cada dos años, tal afirmación no parece acertada, pues su último trabajo "*Déjame Entrar*" fue lanzado en noviembre de 2001, y a la fecha, es decir más de dos años después, no ha lanzado al mercado trabajos nuevos. Por otra parte, asumiendo que fuera cierto que Carlos Vives lanza al mercado sus producciones fonográficas aproximadamente cada dos años, no es asimilable este hecho a que el consumidor promedio conociera a ciencia cierta cuando iba a ser el lanzamiento del futuro disco "*Déjame Entrar*" por

26 Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio, Tercera Edición, Ediciones Librería del Profesional, junio de 1992.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

parte del artista. En esta medida, tal lanzamiento no podría ser tenido validamente como un hecho cierto, puesto que simplemente era una probabilidad sujeta a error o a contingencia, que se encontraba plasmada en los compromisos contractuales del artista con la disquera Sonolux, los cuales no son de público conocimiento. Así las cosas, el Despacho no considera que sea un hecho notorio que el artista Carlos Vives lance al mercado un disco nuevo cada dos años.

Por otra parte, es poco probable que terceros ajenos al artista o a la productora que va a lanzar un disco se enteren de la fecha en que dicho lanzamiento se producirá, pues como lo manifestó el señor Alvaro Lahidalga Aragón, Director de Mercadeo de Universal Music, en este proceso, "... dar una fecha de un lanzamiento de un disco es muy difícil porque uno nunca sabe los problemas que pueda tener un artista con la grabación, con la carátula, etc..., es mucho más fácil saber la fecha casi exacta de un compilado porque por lo general el material se tiene disponible. (...)".²⁷

La anterior respuesta fue corroborada por el representante legal de Sonolux S.A., quien ante la pregunta "¿manifieste lo que conoce o le que le consta del lanzamiento del disco "Déjame Entrar" de Carlos Vives?", respondió: "El lanzamiento se hizo en noviembre del 2001, es un disco que se venía produciendo desde enero del mismo año, y que inicialmente se tenía programado para el mes de agosto, pero por algunos problemas de tipo interno con el artista o su representante solamente se pudo hacer en noviembre."²⁸

De lo anterior se concluye que no está probado en el expediente y no es un hecho notorio que la accionada conociera la fecha en que sería lanzado el nuevo trabajo de Carlos Vives ("Déjame Entrar") y mucho menos que a raíz de ese conocimiento hubiera lanzado con anterioridad el disco "Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato", razón por la cual se considera infundado el cargo.

ii. Aprovechamiento de la campaña de expectativa del fonograma "Déjame Entrar".

Manifiesta la actora, que la Compañía Universal Music ha utilizado abusivamente la campaña de publicidad, que llevo a la canción "Déjame Entrar" a ser la primera en sintonía, para multiplicar las ventas de su CD, aduciendo a engaño al consumidor, quien bajo este engaño habría comprado el disco "Carlos Vives Canta los Clasicos del Vallenato", creyendo que se trataba del nuevo disco del señor Vives.

Al respecto, éste Despacho se permite manifestar, que una actividad encaminada a crear expectativa y especulación en el público consumidor por parte de una compañía, en relación con el lanzamiento de una producción discográfica, es una estrategia comercial que tiene como último fin el de

²⁷ Testimonio del señor Alvaro Lahidalga Aragón, Director de Mercadeo de Universal Music de Colombia, pregunta No. 16, folio 324.

²⁸ Interrogatorio de parte del señor Jesús María Durán, representante de Sonolux, del 31 de octubre de 2002, pregunta No. 1, folio 327.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

captar clientes y generar una rentabilidad para quien la desarrolla; sin embargo, la realización de tales actividades tienen como consecuencia la generación de riesgos comerciales de difícil valoración, mas no de imposible concreción.

En el presente caso, no se descarta que la sociedad Sonolux haya realizado todas las actividades, encaminadas a crear una expectativa en relación con el lanzamiento de la nueva producción del señor Carlos Vives denominada "Déjame Entrar", con el objetivo de captar clientes y generar una rentabilidad para su empresa; sin embargo sobre el supuesto aprovechamiento de la misma por la sociedad accionada, la actora no aportó las pruebas necesarias para hacer valerlas dentro del proceso, por lo que nuevamente nos encontramos frente al tema de las afirmaciones o negaciones indefinidas, tema sobre el cual este Despacho se pronunció con anterioridad en esta misma providencia.

Adicionalmente, es de tenerse en cuenta, que el disco producido por la sociedad Universal Music "Carlos Vives Canta los clásicos del vallenato", fue introducido en el mercado en mayo del año 2001, fecha en la cual la última producción del señor Carlos Vives, "Déjame Entrar", aún no existía y sólo aparecería en el mercado 5 meses después, por lo que este Despacho no considera que se haya producido una desviación de la clientela relacionada con un disco que aún no había sido puesto en el mercado, y por tanto, no gozaba todavía de las preferencias de los consumidores efectivos, lo que lleva a concluir que las anteriores afirmaciones adolecen de elementos de credibilidad.

En consecuencia, el Despacho considera infundada la afirmación realizada por la actora, relacionada con el aprovechamiento de la campaña de expectativa del fonograma "Déjame Entrar".

iii) Deslealtad en la conducta de Universal Music de Colombia.

Por último, afirma la accionante, que Universal Music con la venta del disco "CARLOS VIVES CANTA LOS CLASICOS DEL VALLENATO", pretendió captar deslealmente la potencial clientela del disco "DEJAME ENTRAR", aprovechándose del esfuerzo y gastos realizados por Sonolux en la campaña de lanzamiento de su disco y desviando su clientela, al utilizar medios contrarios a los usos honestos y a la buena fe comercial.

En relación con la anterior afirmación, es de manifestarse, que no resultó probado dentro de la investigación y valoración que este Despacho ha realizado en el presente proceso, que la sociedad Universal Music haya actuado contraviniendo los principios de honestidad y buena fe comercial exigidos para el desarrollo de las actividades de los comerciantes. Por el contrario, se ha logrado determinar a lo largo del presente proceso, que la sociedad denunciada, frente a los hechos y cargos acá debatidos, se ciñó a las normas que rigen la libre y leal competencia, y que sus comportamientos han respondido al ejercicio de los principios que rigen la libertad de empresa y la iniciativa privada.

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

Por lo tanto, es de concluir, que de acuerdo con las manifestaciones realizadas por las partes, las pruebas aportadas y el análisis realizado por este Despacho, no se encuentra actuación que desconozca los principios de la leal competencia en el mercado, permitiendo a esta Superintendencia concluir, que la sociedad denunciada actuó, frente a los hechos y cargos debatidos en este proceso, de acuerdo con las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial o comercial.

Conclusión.

Una vez hecho el análisis probatorio y jurídico pertinente, se tiene que no cumpliéndose los presupuestos del artículo 8 y 11 de la Ley 256 de 1996, este Despacho considera no demostrado que la conducta desplegada por la sociedad Universal Music, haya desviado ilegítimamente la clientela.

En mérito de lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales otorgadas por la Ley 446 de 1998, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. DECLARAR INFUNDADAS las pretensiones incoadas por la sociedad Industria Electrosonora S.A. Sonolux S.A. contra la sociedad Universal Music de Colombia S.A., por los actos de competencia desleal descritos en los artículos 8 y 11 de la Ley 256 de 1996.

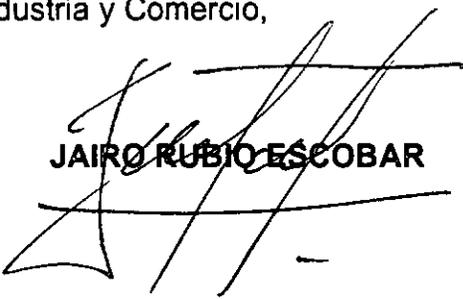
ARTICULO SEGUNDO: Condénese en costas a la sociedad Industria Electrosonora S.A. Sonolux S.A

ARTÍCULO TERCERO. Notifíquese el contenido de la presente resolución personalmente y en su defecto por edicto de conformidad con lo normado en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al apoderado de la accionada en el presente proceso y al apoderado de la accionante, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma procede el recurso de apelación, interpuesto por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio para que sea sustentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en el acto de notificación o dentro de los 3 días siguientes de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D.C., a 23 MAR. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

"por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal"

Notificaciones:

Doctor
JAIME FELIPE RUBIO TORRES
C.C. No. 79.154.179 de Usaquén
Apoderado
Universal Music de Colombia S.A.
Nit 800.246.963-6
Diagonal 127 A No. 17-34 Oficina 301
Bogotá, D.C.

Doctor
MAURICIO JARAMILLO CAMPUZANO
C.C. No. 80.421.942 de Usaquén
Apoderado Especial
Industria Electrosonora S.A. Sonolux S.A
Nit 890.900.114-2
Carrera 9 No 73-24 Piso 3
Bogotá, D. C.