



Radicación 00032362

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO****RESOLUCIÓN NÚMERO 08325 DE 2003**
(28 MAR. 2003)

Por la cual se resuelve una investigación por competencia desleal y se impone una sanción

LA 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 29424 del 16 de noviembre de 2000, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, debidamente facultada para ello, abrió una investigación por competencia desleal contra el señor Jader Alberto Zuleta Calderón por la presunta comisión del actos de confusión y actos de explotación de la reputación ajena en contra de la sociedad Levi Strauss & Co.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso 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 denunciada se abstuvo de hacerlo, mientras la denunciante solicitó la práctica de pruebas, siendo decretadas por la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia mediante acto administrativo del 2 de agosto de 2002. Una vez culminada la etapa probatoria, se elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación, en el que se sugirió al Superintendente de Industria y Comercio abstenerse de sancionar al señor Jader Alberto Zuleta Calderón, por incumplimiento de los presupuestos procesales establecidos en los artículos 3 y 4 de la Ley 256 de 1996.

TERCERO: Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 mediante oficio enviado el 27 de diciembre de 2002 fue trasladado el informe motivado de la investigación para que las partes manifestaran sus opiniones, que fueron las siguientes:

1. Parte denunciada**"DESCORRIMIENTO DEL TRASLADO**

"1. Por medio del presente memorial y con todo respeto, me permito expresar mi opinión sobre el informe emanado de su Despacho con fecha 27 de diciembre de 2002 de la manera siguiente:

"1.1 En cuanto a los motivos, debo insistir en que esa Superintendencia Delegada carece de competencia para conocer de una demanda formalmente incoada, basada en hechos de competencia desleal vinculada a la propiedad industrial y no en hechos de competencia desleal en general, como parece entenderlo el Despacho, ya que es por la vía judicial que debe ventilarse este proceso y no por

la vía administrativa, pues no se trata aquí de una petición o solicitud para que se decreten las diligencias preliminares de comprobación, contempladas en el artículo 26 de la L. 256/96 y 144 de la L. 446198. Por tratarse de una supuesta conducta desleal de mi representado vinculada a la propiedad industrial, fue por lo que la parte demandante solo aportó pruebas documentales relacionadas con tales derechos y no aportara ninguna prueba relacionada con su actividad mercantil como bien lo ha reseñado el Despacho en el referido informe.

"En cuanto a la conclusión a la que llega el Despacho en su informe, manifiesto que es acertada y la Superintendencia de Industria y Comercio deberá acogerla en su oportunidad, resolviendo no sancionar al señor JADER ALBERTO ZULETA CALDERON y ordenando el archivo definitivo de este expediente".

2. Parte denunciante

El doctor Gustavo Palacio Correa, presentó dos escritos dentro del término para presentar sus alegatos frente al informe motivado:

Primer documento

"GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA, domiciliado en la ciudad de Bogotá D. C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 10'135.259 de Pereira, con Tarjeta Profesional de Abogado número 82082 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado especial de la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A., constituida y existente de conformidad con las leyes de la República de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Medellín, Antioquia, por medio del presente escrito, invocando los artículos 52 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, solicito a ese despacho que se tenga a la sociedad que represento como coadyuvante de la sociedad LEVI STRAUSS & CO., demandante dentro del proceso de la referencia, teniendo en cuenta la relación sustancial entre las dos sociedades en virtud del contrato de Licencia de Marcas y que dentro del mismo trámite no se ha dictado sentencia de primera instancia.

"I. PARTES

"1. DEMANDANTE - COADYUVANTE LITISCONSORCIAL:

"COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. sociedad comercial, constituida mediante la Escritura Pública No. 209 del 20 de enero de 2000 de la Notaría 1ª de Medellín; inscrita el 26 de enero de 2000 bajo el número 655, folio 94 del Libro 9°, representada legalmente por JUAN DAVID RODRÍGUEZ MONTOYA, domiciliado y residente en la misma ciudad.

"2. DEMANDADO:

"JADER ALBERTO ZULETA CALDERON, ciudadano colombiano domiciliado en la ciudad de Ibagué (Tolima), propietario para la fecha de la presentación de la demanda iniciada por LEVI STRAUSS, de los establecimientos comerciales denominados C. P. COMPANY (CLAUDIA PATRICIA).

"II. PRETENSIONES

"Las peticiones están orientadas, primero a que se declare el interés de la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A.; y segundo que se declare la violación en que ha incurrido el señor JADER ALBERTO ZULETA CALDERON, al infringir los derechos sobre el registro de las marcas propiedad de la sociedad LEVI STRAUSS & CO. de la cual, la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. es licenciataria en Colombia, con lo que se vulneran a esta sociedad, y a la originaria demandante, sus derechos de propiedad industrial en Colombia y las normas de la leal y libre competencia.

"1. Solicito que se declare el interés de la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. en el presente proceso, en virtud de que se cumplen los requisitos y presupuestos de ámbito subjetivo, objetivo y territorial de que trata la Ley 256 de 1996 para que prospere la presente.

"2. Solicito que se tenga a la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. como coadyuvante de la sociedad LEVI STRAUSS &CO., demandante dentro del proceso de la referencia.

"3. Me adhiero y acepto las peticiones elevadas ante su Despacho por parte de LEVI STRAUSS &CO. en la demanda presentada el 5 de mayo de 2000, ante lo cual solicito que se declare y ordene lo siguiente:

"3.1. Sírvase señor Superintendente declarar la ilegalidad de los siguientes actos y conductas realizadas por el demandado JADER ALBERTO ZULETA CALDERON, tal y como fuera solicitado en la demanda presentada el pasado 5 de mayo de 2000:

- "A. El uso deshonesto de los signos bolsillo, garra y diseño en los pantalones CP COMPANY de propiedad del demandado.
- "B. El uso ilegal por parte del demandado de las marcas registradas por la sociedad LEVI STRAUSS &CO., y cuya licenciataria en Colombia es la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A.
- "C. Que los anteriores usos son engañosos de acuerdo con el artículo 15 de la ley 256 de 1996.

"3.2. Sírvase declarar que los actos y conductas descritos son violatorios de la leal competencia económica, y en particular:

- "A. Que se constituyen en actos y conductas contrarios a los usos honestos en materia industrial y comercial, de conformidad con el artículo 10 Bis numeral 2° del Convenio de París, el cual fue aprobado por la ley 178 del 28 de diciembre de 1994.
- "B. Que los actos y conductas ilegales mencionados en el numeral 1° realizados por el demandado crean confusión, respecto de los productos y la actividad industrial y comercial de la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A., licenciataria en Colombia de LEVI STRAUSS &CO. de acuerdo con los artículos 10 Bis numeral 3; 1 y 10 de la ley 256 de 1996.
- "C. Que los actos y conductas ilegales mencionadas en el No. 1° de estas peticiones, realizadas por el demandado, tuvieron como objetivo desviar la clientela de la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A., licenciataria en Colombia de LEVI STRAUSS &CO.
- "D. Que los actos y conductas ilegales mencionadas en el No. 1 de estas peticiones, las cuales fueron realizadas por el demandado, tuvieron como efecto desviar la clientela de la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A., licenciataria en Colombia de LEVI STRAUSS &CO.

"3.3. Sírvase declarar que el demandado no ha respetado la buena fe comercial y que sus actuaciones se realizaron con fines concurrenciales, lo cual atenta las sanas costumbres mercantiles. Estas conductas han afectado la libertad de decisión de los compradores y consumidores.

"3.4. Sírvase declarar que el demandado se ha aprovechado ilegalmente en beneficio propio de las ventajas de la reputación comercial de las empresas LEVI STRAUSS &CO. y de la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A., adquiridos en el mercado colombiano e internacional.

"3.5. Sírvase señor Superintendente ordenar al demandado la suspensión inmediata de las anteriores conductas.

"3.6. Sírvase señor Superintendente ordenar al demandado el pago de la indemnización de perjuicios, en la que se incluya como DAÑO EMERGENTE, el valor de los gastos de honorarios profesionales que se puedan llegar a causar por este proceso y todos aquellos que se prueben en el Incidente de Liquidación de Perjuicios que tendrá lugar con posterioridad a la sanción que determine su despacho.

"III. HECHOS

"Acepto y reconozco como ciertos los hechos presentados por la sociedad LEVI STRAUSS & CO. en la demanda presentada ante esa entidad el 5 de mayo de 2000, ante lo cual solicito que se tengan como hechos de la presente los allí consagrados y adicionalmente los siguientes:

"1. La sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. es una persona jurídica de naturaleza comercial, constituida mediante la Escritura Pública No. 209 del 20 de enero de 2000 de la Notaría la de Medellín; inscrita el 26 de enero de 2000 bajo el número 655, folio 94 del Libro 9°, representada legalmente por el señor JUAN DAVID RODRÍGUEZ MONTOYA, domiciliado y residente en la misma ciudad.

"2. El objeto principal de la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. es: "(...) *la venta de telas, confecciones, insumos y accesorios de LEVI STRAUSS, comercialización que se hará a través de puntos de venta en el país como en el exterior, (...) Realizar el ensamble y confección de todos los productos autorizados por el licenciatario destinados a la comercialización de los mismos en el país, y en el exterior, (...) Instalar y operar fábricas para la manufactura de los productos, Abrir establecimientos de comercio y oficinas tanto en el país como en el exterior (..)*".

"3. La sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. tiene una relación sustancial con la sociedad LEVI STRAUSS & CO. desde el 1° de diciembre de 1999, fecha en la cual entre las dos sociedades se celebró el contrato denominado "CONTRATO DE LICENCIA DE MARCA INTERNACIONAL". Copia simple del contrato se adjunta a la presente, y el mismo obra ante esa entidad en la División de Signos Distintivos en los expedientes¹ de registros de marcas de la sociedad LEVI STRAUSS & CO. en los que se anotó el contrato.

"4. La sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. es la única autorizada en Colombia para elaborar, fabricar, distribuir, comercializar, exportar prendas con las marcas registradas por la sociedad LEVI STRAUSS & CO. Por el objeto social de dicha sociedad se puede afirmar que es participante en el mercado colombiano, con lo cual se cumple con el artículo 2° de la Ley 256 de 1996.

"5. El señor JADER ALBERTO ZULETA CALDERON al vender, fabricar, ofrecer en el mercado colombiano prendas de vestir con los signos de la sociedad LEVI STRAUSS & CO. vulnera los derechos de exclusiva de COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S.A. en Colombia.

"6. La relación sustancial que une a las sociedades COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. y LEVI STRAUSS & CO. es anterior a la fecha de presentación de la demanda y subsiste en la actualidad, razón por la cual se cumplen los presupuestos para que se

¹ Expedientes de registros de marcas en la Superintendencia de Industria y Comercio, Números: 84016, 132391, 145901, 183735, 261336, 278831, 278832, 288854, 288305, 288306, 300333, 326111, 344619, 358718, 366965, 96002367, 96002366, 98007367, 98007369, 99008224, 99008225, 99008229, 00007108.

tenga como interviniente litisconsorcial de la demandante a la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A., la cual se puede ver afectada por la decisión adoptada por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia dentro de este expediente, en el cual consideró que: *'Siendo el aserto que se deduce de lo expuesto, que no es posible aplicar la ley 236 de 1996 a la situación denunciada por la sociedad Levi Strauss & Co., por sustraerse de los ámbitos subjetivo y territorial de aplicación, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia recomienda al señor Superintendente de Industria y Comercio no sancionar al señor Jader Alberto Zuleta Calderon'*.

"7. La sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. tuvo conocimiento de la demanda iniciada por LEVI STRAUSS & CO. y de los hechos cometidos por JADER ALBERTO ZULETA CALDERON luego de que fuera proferido el informe motivado a partir de lo cual constituyó un apoderado que le representara en dicho proceso.

"8. Cualquier decisión que se adopte en el presente proceso puede llegar a involucrar directa o indirectamente a la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A., y con mayor razón si es contraria a LEVI STRAUSS & CO. Si bien los efectos de la sentencia o del fallo de la Superintendente de Industria y Comercio sólo se extienden a LEVI STRAUSS & CO., el mismo puede afectar desfavorablemente a la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. porque ésta, como participante en el mercado colombiano y como licenciataria de las marcas licenciadas por LEVI STRAUSS & CO. no es ajena a los actos de competencia desleal, y por el contrario ha sufrido un perjuicio directo como consecuencia del comportamiento desleal del señor JADER ALBERTO ZULETA CALDERON.

"IV. MOTIVOS Y DERECHO

"De conformidad con el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, Modificado por el artículo 1°, Numeral 19 del Decreto 2282 de 1989, Artículo 10, la intervención litisconsorcial de la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. en el presente trámite es procedente desde el punto de vista procedimental por cumplirse con los requisitos que exige la norma en mención.

"De igual manera de conformidad con las exigencias de la Ley 256 de 1996 es procedente la participación de la misma sociedad, por cumplir con las exigencias de carácter sustancial allí consagradas, como son los requisitos de carácter subjetivo, objetivo y territorial.

"1. La sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. cumple con los requisitos de carácter procesal para intervenir en el presente proceso.

"Del tenor literal del artículo 52 se desprenden los requisitos exigidos por la norma para tener a un tercero como litisconsorte de una de las partes dentro de un proceso, ellos son:

"a) Tener con una de las partes determinada relación sustancial, la cual existe en virtud del contrato de Licenciamiento de Marcas celebrado el 10 de diciembre de 1999 entre COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S.A. y LEVI STRAUSS & CO.

"b) Los efectos jurídicos de la sentencia pueden llegar a afectar a la COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A.

"c) En el presente proceso no se ha dictado sentencia de única o segunda instancia.

"d) La intervención adhesiva y litisconsorcial es procedente en los procesos de conocimiento como el presente.

"2. La sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. cumple con los requisitos de carácter sustancial para intervenir en el presente proceso, en el Ámbito subjetivo, objetivo y territorial.

"Las normas que en derecho sustentan las pretensiones de mis representadas y el trámite que se le debe dar a esta demanda se encuentra en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, Ley 256 de 1996, Ley 446 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil y en las demás normas concordantes con la materia.

"V. CUANTÍA

"Estimo la cuantía de este proceso en una suma superior a los TREINTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$30'000.000.00), lo que se constituye en un asunto de Mayor Cuantía, de conformidad con el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1° de la ley 572 de 2000.

"VI. COMPETENCIA Y TRAMITE

"Es suya por estar conociendo del presente proceso.

"VII. DECLARACIÓN

"Bajo la gravedad de juramento declaro que con fundamento en los hechos y razones que hacen parte de la presente demanda, no ha sido promovido proceso por competencia desleal ante la Jurisdicción Ordinaria entre las mismas partes aquí involucradas.

"VIII. PRUEBAS

"Sustentan los hechos y pretensiones de esta demanda las siguientes pruebas solicitadas y aportadas al proceso:

"PRUEBA DOCUMENTAL APORTADA:

"1. Certificado de Existencia y Representación de la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A. en el que consta que no hay ningún nexo comercial, contractual, legal, etc., con el demandado.

"2. Copia simple del contrato de Licencia de Marcas celebrado entre la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S.A. y LEVI STRAUSS &CO. el 1° de diciembre de 1999.

"PRUEBAS SOLICITADAS:

"DOCUMENTAL -OFICIOS. Que se oficie a la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, para que remita copia de los expedientes número: 84016, 132391, 145901, 183735, 261336, 278831, 278832, 288854, 288305, 288306, 300333, 326111, 344619, 358718, 366965, 96002367, 96002366, 98007367, 98007369, 99008224, 99008225, 99008229, 00007108, en los que consta la inscripción del contrato de licencia de marcas de LEVI STRAUSS &CO. A CCTEX y el contrato mismo.

"INTERROGATORIO DE PARTE. Solicito se cite al señor JADER ALBERTO ZULETA CALDERON para que absuelva el interrogatorio que le formularé el día en que se realice audiencia en la fecha que fije su despacho, para lo cual podrá ser citado en la dirección que obra en el expediente.

"IX. ANEXOS

"1. Anexo 1º: El Poder que me ha conferido la sociedad COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S. A., demandante dentro del proceso.

"2. Anexo 3º (sic): Los documentos enunciados en el acápite de pruebas".

Segundo documento

"1. INSEGURIDAD JURÍDICA

"Las diferentes posiciones que la Superintendencia de Industria y Comercio ha asumido en materia de los procesos de competencia desleal, algunas sin dudarlo por causas que son por completo ajenas a sus propias consideraciones, se ha convertido en un elemento de inseguridad jurídica que no puede ser ignorado.

"En decisiones recientes, desde el inicio del proceso, se ha procedido al archivo del expediente por razones idénticas a las que ahora hacen que se recomiende proceder de la misma forma. En el caso que nos ocupa la recomendación se hace luego de tres años en que el proceso se ha adelantado con todo tipo de injustificadas dilaciones y luego de una inversión económica para su seguimiento permanente.

"Lo anterior por supuesto no incide en lo que ha de ser el contenido de la recomendación y mucho menos la sustancia del propio fallo, pero sirve para llamar la atención sobre este aspecto y solicitar que el futuro se actúe con la debida celeridad que permita que las partes, ambas por supuesto, conozcan y evalúen con algún grado de certeza la viabilidad de sus pretensiones y de sus excepciones y que no se conviertan las disputas, tal y como ha ocurrido en el presente, en una total sorpresa que sólo se justifica en un cambio de posiciones de la Superintendencia.

"Cualquiera que estudie la jurisprudencia de nuestros respetables tribunales observa estos cambios, es algo normal, pero las posiciones se decantan, se discuten y sólo cuando transcurren periodos(sic) de tiempo significativos se dan ciertos giros, que por cierto suelen ser sutiles. Pero tal situación no es la que se ha presentado con las posiciones de la Superintendencia y me refiero puntualmente a la forma de determinar lo que debe entenderse por participación en el mercado como presupuesto para el ejercicio de las acciones por competencia desleal de que habla la Ley 256 de 1996.

"El caso que nos ocupa compromete de manera seria la confianza de una empresa constituida por fuera de las fronteras del territorio nacional, pero que decidió actuar en el mercado colombiano mediante la venta de productos distinguidos con las marcas que para tales fines había registrado en Colombia.

"La Ley 256 de 1996, la Decisión 486 de 2000 y en general el ordenamiento legal colombiano dieron a entender, y de hecho así lo aceptó de manera expresa ese despacho, que una sociedad extranjera, titular de marcas registradas en el territorio nacional estaba legitimada para acudir a los procesos de competencia desleal de cara a combatir violaciones a sus derechos, que como ocurrió en el presente caso, sobrepasaban la simple disputa sobre similitud de signos y se convertían en un aberrante y grosero desconocimiento de los privilegios que nacen de la propiedad industrial, y lo que es aún peor, en una forma por completo deshonestas de competir en el mercado.

"La ley no ha definido de manera precisa el tema de la participación en el mercado y éste es un tema de interpretación de ese despacho, tanto así que las posiciones en el pasado fueron diferentes como atrás se anotó. Ante estos cambios de interpretación se lamenta uno que se opte por la más restrictiva en contra de los buenos y honestos comerciantes y se favorece por obvias razones a los infractores haciendo que, para estos efectos, en el territorio colombiano sean impunes ciertos comportamientos en clara y expresa oposición con lo establecido en el Convenio de Paris y en la Decisión 486, que

precisamente se han erigido como instrumentos legales que pretenden eliminar estas posibilidades de restricción, por simples aspectos territoriales, en la protección de los derechos.

“II. TRATO NACIONAL

“La ley 256, en su artículo 1, señala que: *“Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participan en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1991*

“Muchas cosas se pueden decir de este artículo, que, dicho sea de paso, no es mera retórica o un catalogo de buenos propósitos. Incluso, nos sirve para reforzar la idea sobre el criterio orientador que ha debido seguir la Superintendencia tal y como lo afirmábamos en el acápite anterior, cuando de aplicar una norma se trata, esto es, la defensa del competidor legítimo, honesto, leal, observador de sus deberes, etc., y no creando una favorabilidad para el “competidor” desleal, como por ejemplo ha ocurrido en el fondo de este asunto.

“Pero más allá de lo anterior queremos llamar la atención sobre lo que significa la mención que se hace del Convenio de París y el hecho que(sic) tal Convenio sea una ley, que con independencia de las referencias que haga la Ley 256 debe ser observada en su integridad. Hasta acá no; hemos entrado en interpretaciones y simplemente afirmamos que el Convenio de París se aplica y que su relación con la Ley 256 de 1996 es incuestionable.

“Ahora bien, el Convenio de París, en su artículo 2°, expresa lo siguiente: *“1) Los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozará en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente Convenio. En consecuencia, aquéllos tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas u los nacionales; 2) Ello no obstante, ninguna condición de domicilio o de establecimiento en el país donde la protección se reclame podrá ser exigida a los nacionales de los países de la Unión para gozar de algunos de los derechos de propiedad industrial; 3) Quedan expresamente reservadas las disposiciones de la legislación de cada uno de los países de la Unión relativas al procedimiento judicial y administrativo, y a la competencia, así como u la elección de domicilio o u la constitución de un mandatario, que sean exigidas por las leyes de propiedad industrial”*

“La Superintendencia reconoce que la participación en el mercado o la intención de hacerlo es el elemento que no se acredita en el presente proceso, y específicamente, en relación con este punto ha señalado que:

“Con base en la conclusión del análisis sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la ley de Competencia Desleal para considerar que un agente participa en el mercado colombiano, es necesario que su actividad se desarrolle activamente en el intercambio de productos o servicios resulta forzoso afirmar que quien incoa una acción de competencia en Colombia debe demostrar que realiza sus operaciones comerciales ejerciendo control directo por él o a través de su representante, sobre la dinámica del intercambio de sus productos o servicios en el mercado colombiano.

“Pero, teniendo en cuenta que el artículo 21 de la Ley 256 extiende el ámbito subjetivo de aplicación, legitimando para accionar a quien tenga la intención de participar en el mercado, se hace necesario que quien no tenga la calidad de participante en el mercado colombiano, por

ejemplo, una sociedad extranjera², demuestre el despliegue de unas actividades de las que pueda inferirse la determinación de su voluntad hacia la introducción de sus productos o servicios en territorio colombiano. Tales podrían ser las tendientes a cumplir los requisitos señaladas en los artículos 471, 477 concordantes, del Código de Comercio. (Lo resaltado y lo subrayado no es del original).

"Con referencia al caso bajo estudio, se tiene que quien denuncia el perjuicio de sus intereses por un acto de competencia desleal realizado en Colombia es la sociedad LEVI Strauss & Co., organizada y constituida según las leyes del estado de Delaware, Estados Unidos de América, con domicilio principal en la ciudad de San Francisco, California del mismo país. No se acredita en el proceso la existencia de representante en el territorio Colombiano. Su alegato consiste en oponerse al uso deshonesto, por parte del señor Jader Alberto Zuleta Calderón, propietario de los establecimientos comerciales distinguidos con la enseña CP Company, de signos distintivos tales como el bolsillo, la garra y el diseño de los pantalones marca Levi's, de manera que induce al público consumidor a confusión y explota su reputación comercial"

"Lo primero que cabe resaltar frente a las afirmaciones del señor Superintendente Delegado es que se presume la intención de participar en el mercado a partir de la constitución de una sucursal o de un apoderado. Por qué razón no se hace esa misma presunción partiendo del registro de una marca que de suyo supone la obligación de su titular de usarla en el mercado nacional para efectos de impedir la cancelación de su derecho?(sic) Acaso el capítulo del Código de Comercio en el que están los artículos 471 y 477 se titula de la "participación en el mercado". Bien se observa de la propia redacción que los artículos del Código de Comercio que han sido citados lo fueron sólo a título de ejemplo y es factible que la participación o el interés en hacerlo se infiera de otro tipo de circunstancias, insisto, como el caso del registro de una marca que incorpora, valga recordarlo, la obligación de uso.

"Nuevamente nos encontramos con una cuestión de interpretación en donde la Superintendencia, siendo la misma autoridad en materia de propiedad industrial, ha seguido el camino más sencillo pero a la vez el menos favorable para el comerciante legítimo. Dado que es posible que la Superintendencia a la hora de fallar esta cuestión mantenga su posición sobre este punto si solicitamos conocer qué diferencia encuentra ese Despacho entre constituir una sucursal o un apoderado y registrar una marca. De hecho, el poder que se aportó en el proceso que no es un poder específico para una sola controversia, demuestra que se constituyó también un apoderado. No indica esto también la intención de participar en el mercado?(sic)

"Al margen de lo anterior y siguiendo con nuestro tema principal, el trato nacional, se observa que la Superintendencia ha descalificado la intención de participar en el mercado aduciendo que se trata de una sociedad que no esta domiciliada en Colombia. Esto no es, ni más ni menos, lo que expresamente quería evitar el inciso dos, del artículo dos del Convenio de París, insisto, norma de aplicación autónoma y expresamente referida por la propia ley 256 de 1996.

"Las únicas excepciones aceptables y aplicables al trato nacional son las que se mencionan en el inciso tercero del artículo segundo del Convenio de París. Esas excepciones se refieren a ciertos y específicos temas allí enumerados y que se hayan consagrado en normas específicas sobre propiedad industrial.

"Y para que no quede duda sobre la pertinencia de estas normas al caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta que es posible que ahora se contra argumente que el principio de trato nacional aplica para la propiedad industrial pero no para las medidas en contra de la competencia desleal, bueno es recordar que en el marco de tal acuerdo internacional la propiedad industrial comprende la represión de la

² CODIGO DE COMERCIO, artículo 469. "Definición. Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la Ley de otro país y con domicilio principal en el exterior.

competencia desleal³, y siendo tan claro este aspecto nos sentimos liberados de hacer un mayor análisis del punto.

"Esta misma línea es la que siguió la Decisión 486, una norma de derecho comunitario andino que incorporó un aparte específico para establecer en favor de los titulares de derechos de propiedad industrial las acciones que se derivan de la competencia desleal. No pretendemos que toda controversia entre signos distintivos se pueda tipificar como un acto de competencia desleal, pero tampoco puede ser tal la prevención a acercar estos temas que se desconozcan, sin mayores justificaciones, principios como el de trato nacional o la mención expresa a estas acciones que hace la Decisión 486, como se acaba de ver.

"En el informe motivado tampoco se observa ningún análisis sobre el alcance que se le debe dar al artículo 21 de la Convención sobre Protección Marcaria y Comercial (Ley 59 de 1936) que a la letra dice:

ARTICULO 21

Se declaran de competencia desleal los siguientes actos, y al no estar señaladas sus penas en la legislación interna de cada Estado contratante, se reprimirán de acuerdo con prescripciones las de esta Convención:

- a) *Lo actos que tengan por objeto dar a entender, directa o indirectamente, que los artículos o actividades mercantiles de un fabricante industrial, comerciante o agricultor de algunos de los otros Estados contratantes, ya sea apropiándose o simulando marcas, símbolos, nombres distintivos, imitando etiquetas, envases, recipientes, nombres comerciales u otros medios usuales de identificación en el comercio.*
- b) *Las falsas descripciones de los artículos, usando palabras, símbolos, y otros medios que tiendan a engañar al público en el país donde estos actos ocurran, con respecto a la naturaleza, calidad o utilidad de las mercancías."*

"La Convención no establece por ninguna parte el que se requiera una participación en el mercado, y si ello se pudiera pensar de suyo implícito en la procedibilidad de la norma, igual no admitiría una interpretación restrictiva como la que ha acogido esa autoridad administrativa.

"Esta Convención, dicho sea de paso, también incorpora el principio del trato nacional en su artículo primero.

"En otras palabras son ricos en contenido, claros en su espíritu y de sencilla interpretación, los textos que a nivel internacional y comunitario han hecho un puente entre las marcas y las medidas para defenderlas contra los actos de competencia desleal. Por qué entonces una interpretación que parece ir en contravía de todo esto?(sic) o es que el criterio de la Superintendencia y Comercio es que el derecho de la competencia desleal empieza y termina en la Ley 256 de 1996?(sic)

"III. DE LA PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO

"Por lo presentado en el aparte anterior considero que es clara la intención de participación de **LEVI STRAUSS & CO.** en el mercado, y si no lo es por lo menos no se puede descalificar ésta a partir de un aspecto meramente territorial porque tal proceder viola de manera directa el principio del trato nacional (acogido con insistencia en diversos instrumentos de derecho internacional) como pudo observarse. No obstante esto, considero que el argumento según el cual se sostiene que no hay participación en el

3 El artículo 1, inciso 2) del Convenio de París indica que: "La protección *de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal*".

mercado no es acertado y por el contrario, a partir de la interpretación hecha por esa entidad, constituye una barrera al legítimo ejercicio de unos derechos que han sido otorgados en el territorio nacional.

"Veamos lo siguiente:

"a. **LEVI STRAUSS & CO.** es una empresa domiciliada fuera de Colombia.

"b. Esta empresa es titular de unos derechos válidos y vigentes en el territorio colombiano.

"c. El registro de una marca es un hecho indicador de una intención de uso, o en otras palabras, de operación en el mercado colombiano porque no es otra la finalidad de un registro de marca, a tal punto que su no uso tiene consecuencias sobre la vigencia de los derechos.

"d. En la demanda y en las preguntas que se le hicieron en el interrogatorio al señor JADER ALBERTO ZULETA CALDERON se hacen afirmaciones sobre la presencia en el mercado nacional de prendas identificadas con los distintivos de **LEVI STRAUSS & CO.**, sobre la comisión de actos de competencia desleal consecuencia directa del actuar del señor JADER ALBERTO ZULETA CALDERON, y, en fin, todas las afirmaciones necesarias para sustentar las pretensiones. La demanda no se contestó y el interrogatorio no se atendió a lo que la Superintendencia de Industria y Comercio debe dar el valor legal que le corresponde.

"e. **LEVI STRAUSS & CO.**, afirma su participación y su interés en el mercado colombiano sin que ello hubiera sido objeto de debate, y antes por el contrario, plenamente reconocido por el propio demandado.

"f. Las marcas de esta compañía están registradas para ser usadas en el mercado colombiano, a un comerciante especializado (el demandado) se le afirmó que LEVIS es una marca usada y conocida en el mercado colombiano y no lo contravirtió, como tampoco lo hizo el que su empresa se hubiera valido del conocimiento de la marca LEVIS para aprovecharse en forma indebida y desleal.

"g. Tanto interés tiene la demandante en el mercado colombiano que ha constituido un apoderado permanente para que inicie todas las acciones legales encaminadas a defender las marcas que usa en este territorio.

"h. Para la Superintendencia de Industria y Comercio **LEVI STRAUSS & CO.** no participa en el mercado colombiano.

"Por qué en opinión de la Superintendencia no existe participación en el mercado?(sic) En el informe motivado se lee lo siguiente:

"Participar es tener parte de una sociedad o un negocio, o ser socio de ellos⁴. En términos económicos, participar o tener parte de un mercado supone el desarrollo de actividades de suministro y compra de productos y de prestación de los servicios⁵. De lo que se concluye que para considerar que un agente participa en el mercado colombiano, es necesario que su actividad se desarrolle activamente en el intercambio comercial de los productos o servicios".

"Según tal afirmación una persona natural no participa en el mercado si no es parte de una sociedad.

4 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Real Academia Española, 2002

5 Tribunal de la defensa de la competencia Español, resolución de 29 de junio de 1999, caso Interflora. Tomado de "Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia" de Juan Manuel Fernández López.

"LEVI STRAUSS & CO. participa en el mercado colombiano porque es un hecho notorio el que sus artículos, muy especialmente los marcados con el signo LEVIS, se ofrecen en el mercado colombiano. No se trata de una marca cualquiera sino de un signo que ha alcanzado un grado tal de conocimiento que no requiere el que se pruebe que hay publicidad, almacenes y ofertas de productos identificados con esta marca en todo el territorio nacional. A esto se le suma que en la propia Superintendencia, y de acuerdo con lo aportado en la demanda, hay evidencia clara de la titularidad de tal marca en el territorio nacional.

"No es admisible pensar que exista publicidad, como de hecho la existe y en las proporciones que existe, sin que haya alguien que directa o indirectamente realiza el ofrecimiento de esos determinados bienes, y éste no es otro que el titular del derecho sobre ese nombre en el territorio nacional.

"En otro de los apartes del informe motivado puede leerse:

"Con base en la conclusión del análisis sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la ley de Competencia Desleal - para considerar que un agente participa en el mercado colombiano, es necesario que su actividad se desarrolle activamente en el intercambio de productos o servicios -resulta forzoso afirmar que quien incoa una acción de competencia en Colombia debe demostrar que realiza sus operaciones comerciales ejerciendo control directo por él o a través de su representante, sobre la dinámica del intercambio de sus productos o servicios en el mercado colombiano. (El resaltado no corresponde al original).

"Con todo respeto de la Superintendencia de Industria y Comercio no puede pensarse que la presente demanda obedece a un capricho o a un interesante ejercicio de tipo académico. Si se ha promovido este proceso es porque es una de las formas en que mi representada *ejerce control sobre el mercado* de sus prendas en Colombia y pretende frenar el uso abusivo y desleal de ellas por cierto tipo de inescrupulosos comerciantes.

"Para ese despacho la opinión parece ser distinta y con un criterio que ni siquiera cabe bautizar como exegético opta por una vía interpretativa que dista mucho de ser consecuente con los compromisos internacionales para la protección de la propiedad industrial y específicamente cuando tal protección entra en el terreno de la represión de la competencia desleal.

"IV. CONCLUSIONES Y PETICIONES

"No es este el primer caso en que la Superintendencia de Industria y Comercio rechaza la prosperidad de una demanda por competencia desleal, apegándose a un elemento de tipo, más que nada, territorial. La ley de competencia desleal exige que la conducta lesiva se haya desarrollado en el territorio nacional y así se demuestra con los hechos que sirvieron de base para esta demanda. Pero se quiere calificar la participación en el mercado con un criterio vago y poco preciso. Cientos de compañías colombianas realizan operaciones en el mercado colombiano por valores inferiores a las sumas que se han aportado para la marcha de este proceso y aún así se niega el interés y la participación que en el mercado colombiano tenga **LEVI STRAUSS & CO.**

"Acaso casi tres años de seguimiento de este proceso no son indicativos del interés por el mercado colombiano?(sic) Este criterio necesariamente exige su revisión.

"A pesar de lo anterior considero que está plenamente demostrada la participación, o en el peor de los casos, el interés por participar en el mercado colombiano. Si lo anterior no fuera suficiente debe observarse con cuidado el catálogo de los compromisos internacionales en esta materia que obliga a la cautela de las autoridades judiciales y administrativas cuando de establecer este tipo de interpretaciones se trata.

"Por todo lo anterior solicito al señor Superintendente de Industria y Comercio que se aparte de la recomendación contenida en el informe motivado y que en su defecto acceda a las pretensiones de la demanda.

CUARTA: El Despacho se pronuncia sobre temas puntuales propuestos por los apoderados de las partes en sus alegaciones:

1. Parte denunciante:

a) Coadyuvancia de la sociedad Comercializadora de Confecciones y Textiles CCTEX S.A.

Con base en los artículos 52 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, la parte denunciante propuso la figura de la coadyuvancia de la sociedad Comercializadora de Confecciones y Textiles CCTEX S.A. El Despacho, en aplicación del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo⁶, en el que se consagra el de eficacia como principio orientador de la actuación administrativa, ante la prueba ineludible del control que Levi Strauss & Co. ejerce sobre la comercialización de sus productos en el territorio colombiano -evidente en el contrato de licencia de marca adjunto⁷-, admite su calidad de participante en el mercado y la intervención en el proceso de la sociedad Comercializadora de Confecciones y Textiles CCTEX S.A.

Estando probado que la sociedad Levi Strauss & Co. participa en el mercado colombiano -al conferir licencia de uso de sus marcas⁸ a una persona que ejerce su actividad comercial en Colombia-, tal como lo exige el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, norma concordante con su artículo 3, se diluye la contundencia de la argumentación del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia para concluir, de acuerdo con lo obrante en el expediente para el momento en que rindió su informe motivado, que la situación denunciada por la sociedad Levi Strauss & Co. se sustraía de los ámbitos subjetivo y territorial de aplicación de la Ley 256 de 1996 -por no podersele atribuir la calidad de participante en el mercado-.

Anexo al proceso el documento necesario para probar la condición de participante en el mercado de la sociedad Levi Strauss & Co., procede este Despacho a pronunciarse de fondo sobre los hechos y pretensiones de la denuncia.

b) Aplicación de normas internacionales referentes al tema de competencia desleal

Según el doctor Palacio Correa, el criterio de la Superintendencia parece ser el de que el derecho de la competencia desleal empieza y termina en la Ley 256 de 1996, sin tener en cuenta la normatividad internacional que hace parte de nuestra legislación, tales como el Convenio de París, la Convención sobre Protección Marcaria y Comercial y la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

Reconoce el apoderado en su escrito, la práctica de la Superintendencia de Industria y Comercio de dar celosa aplicación a la Ley 256 de 1996 en los temas de competencia desleal que son de su conocimiento.

6 CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, artículo 3, inciso 5: "En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado".

7 Especialmente, folios 452, 456 a 460.

8 Las marcas licenciadas aparecen en el anexo A, al contrato de licencia suscrito entre Levi Strauss & Co. y Comercializadora de Confecciones y Textiles S.A. CCTEX S.A., folios 512 a 516.

9 LEY 256 DE 1996, artículo 21.- "Legitimación activa. En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, cualquier 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...- La legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o a una parte sustancial del mismo."

Sin embargo, asegura que no se da aplicación el Convenio de París. Conclusión contradictoria para este Despacho, ya que, a pesar de ser un tratado internacional vigente en Colombia desde el 3 de septiembre de 1996 –junto con la Ley 178 de 1994 que lo aprobó–, en la Ley de Competencia Desleal se hace expresa referencia a él en sus artículos 1, 7, 11 y 12, lo que hace aún más insoslayable su consideración y aplicación.

Cierto es que en el informe motivado no se menciona el Convenio de París, el Delegado pudo no haberlo considerado necesario, dado que a lo largo de la motivación de su conclusión sí se recalcan puntualmente los artículos de la Ley 256 de 1996 que contienen esas normas internacionales, de forma tal que su aplicación resulta obvia.

En cuanto al punto específico de nuestro criterio acerca del tema de participación en el mercado, este Despacho considera que el mismo Convenio de París en su artículo 2, numeral 3, lo habilita para ser aplicado en los casos de competencia desleal. El texto normativo al que se alude es el siguiente:

“Quedan expresamente reservadas las disposiciones de la legislación de cada uno de los países de la Unión relativas al procedimiento judicial y administrativo, y a la competencia, así como a la elección de domicilio o a la constitución de un mandatario, que sean exigidas por la ley de propiedad industrial”.

Si bien es cierto, el tema de participación en el mercado es de la sustancia del tema general de la concurrencia económica, también lo es que su determinación o circunscripción corresponde a un problema procedimental, de competencia para conocer y decidir el caso, considerando este Despacho, a salvo, la aplicación del principio del trato nacional, imperativa, de acuerdo con la reglamentación internacional aplicable.

También está de acuerdo esta Superintendencia con la apreciación del doctor Palacio Correa al aceptar que ni en el Convenio de París ni en la Convención sobre Protección Marcaria y Comercial existe una definición de lo que debe considerarse participación en el mercado. De tal manera que no sólo el organismo encargado de aplicar la ley tiene el deber de precisar el concepto, sino que es su obligación interpretar las expresiones que no están claramente definidas en ella, por el mismo mandato de las normas de las Leyes 57 y 153 de 1887, en la que se exponen las reglas generales de interpretación de nuestro ordenamiento normativo. Habiéndose previsto todas las anteriores circunstancias al exponer el concepto de participación en el mercado en el informe motivado proferido en este proceso, además de aquéllas que constituyen el contenido esencial del tema específico de la competencia, se avala por el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio y se recalca su aplicación en el caso concreto, como se verá cuando se proceda a la adecuación normativa de la conducta denunciada.

2. Parte denunciada:

a) Falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer casos de competencia desleal

Al respecto, remite el Despacho al doctor Iván José Romero Arévalo, a las razones que intentaron aclarar el punto al momento de decidir su petición de nulitar el presente proceso por la causal insaneable de falta de competencia. A continuación, se transcribe el texto pertinente de la Resolución 17265 del 31 de mayo de 2002¹⁰:

“La falta de competencia del juez es una de las causales taxativas de nulidad, consagrada en el artículo 140, numeral 2 del código de procedimiento civil, y el apoderado de la parte denunciada en esta investigación, deduce la nulidad de la actuación dado que las acciones de competencia desleal vinculada a la propiedad industrial es de conocimiento de la autoridad nacional competente que, en Colombia,

¹⁰ Folio 373.

según su criterio, es el juzgado especializado en derecho comercial. Así que, siendo la Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina y no Autoridad Nacional Competente, no está llamada a dirimir esta controversia.

"En efecto, como lo señala el proponente del incidente, es aplicable al caso el texto normativo de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el régimen común sobre propiedad industrial, por medio del cual se establecen ciertas reglas sustantivas y procedimentales en materia de competencia desleal, en tanto esté vinculada a la propiedad industrial, pero es claro que en su artículo 273 remite a la legislación interna, la designación del ente que puede considerarse como autoridad nacional competente para dirimir estos conflictos.

"De acuerdo con la legislación interna, la Superintendencia de Industria y Comercio es para estos casos la autoridad nacional competente, por lo que carece de sustento la solicitud interpuesta.

"La Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de la ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996, y en su calidad de ente de inspección, vigilancia y control, ejercía funciones claramente administrativas, propias del área de promoción de la competencia, a través de actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por medio de un procedimiento igualmente administrativo.

"Pero, en virtud de la expedición de la Ley 446 de 1998, norma que el apoderado del investigado no tuvo en cuenta para fundamentar su petición de nulidad por falta de competencia, se le atribuyeron facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio".

QUINTA: Habiéndose cumplido adecuadamente cada etapa procesal, este Despacho procede a decidir el caso:

1 Competencia y procedimiento

1.1 Competencia territorial

En virtud de lo dispuesto en los artículos 143, 144 y 147 de la ley 446 de 1998, en concordancia con el numeral 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio será competente para conocer de los actos de competencia desleal en todo el territorio nacional.

1.2 Competencia funcional

De acuerdo con lo establecido en los artículos 143, 144, 147 y 148 de la ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene, a prevención, respecto a las conductas constitutivas de competencia desleal, las mismas atribuciones señaladas para los jueces en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996.

En las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia observa el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas contenido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

1.3 Tiempo de los hechos investigados

En conformidad con los términos de la denuncia¹¹, la sociedad denunciante LEVI STRAUSS & CO. tuvo conocimiento en noviembre de 1999, de la existencia, en el comercio de la ciudad de Ibagué, de los establecimientos CP COMPANY en los que se comercializaban prendas que imitaban los jeans LEVI'S.

¹¹ DENUNCIA, hecho 17, folio 9.

1.4 Seguimiento del procedimiento previsto

Instaurada la denuncia el 5 de mayo de 2000, a partir del análisis correspondiente a la averiguación preliminar adelantada por la Delegatura para la Promoción de la Competencia conforme lo establecido en el numeral 1 del artículo 11 y en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con la ley 446 de 1998, se concluyó que el señor Jader Alberto Zuleta Calderón, en ese tiempo, propietario de los establecimientos de comercio CP COMPANY, pudo haber incurrido presuntamente en infracción a las normas de competencia desleal. Así, se expidió la resolución 29424 del 16 de noviembre de 2000 por la cual se ordenó abrir la investigación, notificada por conducta concluyente del investigado el 22 de octubre de 2001.

El 2 de noviembre de 2001, dentro del término concedido en la resolución de apertura, el apoderado del investigado, doctor Iván José Romero Arévalo presenta el escrito de descargos, radicado con el número 00032362-30010, mediante el cual solicitó la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir del 1 de diciembre de 2000, por falta de competencia de este Despacho.

A la petición anterior se dio el trámite incidental, previsto en los artículos 142 y 108 del código de procedimiento civil, mismo que culminó con la expedición de la resolución 17265 del 31 de mayo de 2002, negando la solicitud de declaratoria de nulidad.

Por medio de comunicación radicada con número 00032362-40006 del 12 de julio de 2002, se citó a las partes a audiencia de conciliación, en cumplimiento del artículo 33 de la ley 640 de 2001, llevada a cabo el 22 de julio de 2002, sin que fuera posible llegar a acuerdo alguno.

A través de las comunicaciones radicadas con números 00032362-10015/10016 del 2 de agosto de 2002, esta Delegatura decretó las pruebas que fueron consideradas conducentes y pertinentes, decisión recurrida por la parte investigada por medio de escrito radicado el 12 de agosto de 2002, bajo el número 00032362-10017.

El recurso de reposición contra el acto de pruebas fue rechazado mediante oficios 00032362-40015/40016 del 13 de septiembre de 2002.

Para finalizar la etapa de investigación, se profirió por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia el informe motivado y se dio traslado a las partes el 27 de diciembre de 2002, a través de oficio con radicado 00032362-40026/27.

2 **Pruebas decretadas**

2.1 Documentales

Documentos aportados con el escrito de denuncia radicado bajo el número 00032362 del 5 de mayo de 2000.

2.2 Interrogatorio de parte

- Jader Alberto Zuleta Calderón: a la práctica de esta prueba el investigado fue citado dos veces. En la primera oportunidad, 26 de septiembre de 2002, no compareció; pero habiendo presentado prueba sumaria del motivo justificante de su inasistencia, se citó nuevamente en cumplimiento de lo normado en el artículo 209 del código de procedimiento civil. Habiéndose fijado nueva fecha para la práctica de la prueba, 16 de octubre de 2002, el requerido no compareció y no presentó explicación alguna sobre las razones de su falta de concurrencia.

Teniendo en cuenta que en virtud del artículo 209 del código civil, del derecho a la posposición de la audiencia para llevar a cabo interrogatorio de parte se puede hacer uso por una sola vez, procede la aplicación del artículo 210 y siguientes, por lo cual se presumirán como ciertos los hechos susceptibles de confesión a los que se refiera el cuestionario escrito que presentó la parte denunciante al comparecer a la segunda fecha señalada para la audiencia¹².

3. Conductas investigadas

3.1 Actos de confusión. El artículo 10 de la ley de competencia desleal, califica como tal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

3.2 Explotación de la reputación ajena. Señala el artículo 15 de la ley 256 de 1996 que se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado, y que, sin perjuicio de lo dispuesto en el código penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y similares.

4. Hechos probados

• La sociedad *Levi Strauss & Co.* es una compañía constituida en el Estado de Delaware, Estados Unidos de América¹³, cuyos productos "están dirigidos a un grupo selecto de consumidores, en especial, los de la clase 25 de la nomenclatura vigente"¹⁴.

• La sociedad colombiana *Comercializadora de Confecciones y Textiles CCTEX S.A.*, domiciliada en Medellín¹⁵, es licenciataria de las marcas de la sociedad *Levi Strauss & Co.*, entre otras, de aquellas cuyas imágenes¹⁶ se observan en los anexos al contrato de licencia del 1 de diciembre de 1999¹⁷.

12 INTERROGATORIO ESCRITOPRESENTADO POR LA PARTE DENUNCIANTE, folios 421 y 422 :

1. ¿Sabe usted qué es una marca?
 2. ¿Sabe usted cómo se obtienen los derechos sobre una marca?
 3. ¿Conoce usted esta marca? (Anexo 1)
 4. ¿Con qué empresa relaciona usted esta marca?
 5. ¿Conoce usted esta marquilla? (Anexo 2)
 6. ¿Con qué producto relaciona usted esta marquilla? (Anexo 2)
 7. ¿Con qué empresa relaciona usted esta marquilla? (Anexo 2)
 8. ¿Desde cuándo CP empieza a usar la garra en el pantalón? (Anexo 2)
 9. ¿Desde cuándo CP usa la marquilla de garantía en la que se indica que "This is a pair of CP"?
 10. En la marquilla de seguridad del jean CP se señala: "CP COMPANY; AUTENTIC; ORIGINAL RIVETED; CLOTHING"; luego viene la gráfica de dos hombres jalando(sic) un pantalón (marca registrada de Levis y luego aparece "PATENTED MAY 1873". Traduciendo, esto último significa que el producto fue patentado en mayo de 1873 ¿Tiene CP patentado el jean desde 1.873 tal y como figura en la información que se le está suministrando al consumidor?
 11. ¿Conoce usted la marca Levis?
 12. ¿Usa pantalones Levis?
 13. ¿Sabe usted si la gente compra jeans Levis en Colombia?
 14. ¿Conoce usted publicidad relacionada con la marca Levis?
 15. ¿Sabe usted cómo se logra el posicionamiento de una marca?
 16. ¿En esta foto me puede decir cuál es el jean que CP ofrece en el mercado? (Anexo 3)
 17. ¿Sabe usted que los arcos que forman las costuras en los bolsillos de los pantalones Levis corresponden a una marca registrada?
 18. ¿Posee usted, directamente o a través de interpuesta persona, acciones en la sociedad Diseño y Moda Nuevo Mundo S.A.?
 19. ¿Cuál es su relación con la señora Lidia Mireya Zuleta Calderón?
 20. ¿Comercializa estos productos en Costa Rica?
- 13 ANEXOS A LA DENUNCIA, folio 25.
14 ANEXOS A LA DENUNCIA, folio 77.

• El señor Jader Alberto Zuleta Calderón, de acuerdo con los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Ibagué¹⁵, para el 27 de enero de 2000 y el 20 de septiembre del mismo año, se encontraba registrado como comerciante desde el 1 de septiembre de 1993, apareciendo como propietario de los almacenes CP Company 1, 3, 5, 6 y 7, e Hiper CP Company, dedicados a la actividad de venta de ropa sport en general. En la Cámara de Comercio de Bogotá también figura su inscripción desde el 26 de octubre de 1994¹⁶.

Luego, para el 2 de marzo de 2001, el señor Zuleta Calderón, aparecía con matrícula cancelada, acto que siguió a la presentación de documento privado del 26 de enero de 2001, inscrito en la Cámara de Comercio de Ibagué el 29 de enero del mismo año. También, a 10 de septiembre de 2001 aparece cancelada su matrícula mercantil como persona natural en la Cámara de Comercio de Bogotá²⁰. Igualmente, canceló la matrícula de los establecimientos de comercio CP Company 1, 2, 4, 5, 6 y 7, el ubicado en el Centro Comercial Combeima, y la de Hiper CP Company e Hiper CP Company 2²¹.

• La señora Lidia Mireya Zuleta Calderón, figura como gerente de la Sociedad Diseño y Moda Nuevo Mundo S.A.²² domiciliada en Bogotá, la que matriculó a su nombre la agencia CP Company²³

• La sociedad Levi Strauss & Co. era titular en Colombia de los siguientes registros marcarios vigentes para la época de los hechos:

- Marcas figurativas, certificados 67.473 (clase 25), 108.618 (clase 25), 61.738 (clase 25), 220.215 (clase 16), 86.086 (clase 25):

- Marcas mixtas, certificado 87.992 (clase 25), 82.501 (clase 16), 86.087 (clase 25), 90.343 (clase 26):

- Marcas nominativas: 501, certificado 155.695 (clase 25); LEVI'S, certificado 44.591 (clase 25); LEVI STRAUSS, certificado 88.348 (clase 25);

• La marca LEVI'S fue declarada notoria por la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de resolución 20959 del 31 de julio de 1997.

• El Despacho presume que el denunciado, señor Jader Alberto Zuleta Calderón, en virtud de la confesión ficta²⁴ surtida por su inasistencia injustificada al interrogatorio de parte al que fue citado, aceptó los siguientes hechos, referidos en el interrogatorio escrito presentado por el doctor Gustavo Palacio Correa²⁵:

15 Folio 446.

16 Folios 491 a 494

17 Folios 452.

18 Folios 210 a 212, 306 a 308.

19 Folio 326.

20 Folio 326.

21 Folios 255 a 262.

22 Folios 263 a 264 y 322 a 326.

23 Folio 325

24 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, artículo 210- Confesión ficta o presunta. La no comparecencia del citado a la audiencia o a su continuación, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito. De la misma manera se procederá cuando el compareciente incurra en renuencia a responder o de respuestas evasivas.- La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.- Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.

25 Folio 421.

1. Sí sabe qué es una marca.
 2. Sí sabe cómo se obtienen los derechos sobre una marca.
 3. Sí conoce la marca, cuya imagen se presenta a folio 423.
 4. Sí conoce la marquilla, cuya imagen se presenta a folio 424.
 5. CP Company no tiene patentado el jean desde 1873.
 6. Sí conoce la marca Levi's.
 7. Sí usa pantalones Levi's.
 8. Sí sabe que la gente en Colombia compra jeans Levi's.
 9. Sí conoce publicidad relacionada con la marca Levi's.
 10. Sí sabe cómo se logra el posicionamiento de una marca.
 11. Sí sabe cuál es el jean que CP ofrece al mercado, al hacer la comparación de las dos muestras fotografiadas que se aprecian en el anexo 3 del interrogatorio escrito, folio 425.
 12. Sí posee acciones, directamente o a través de interpuesta persona, en la sociedad Diseño y Moda Nuevo Mundo S.A.
 13. Sí comercializa en Costa Rica productos de CP Company.
- Igualmente, por la misma circunstancia, en aplicación de la misma norma del Código de Procedimiento Civil, se apreciaron como indicios graves en su contra los hechos a los que se refirieron las preguntas no asertivas del interrogatorio escrito del que se habla:

1. ¿Con qué empresa relaciona usted esta marca? (Haciendo referencia a la que aparece en el anexo 1 del interrogatorio, folio 423). Apareciendo en la figura el nombre de Levi Strauss & Co., la contumacia del denunciado hace presumir que éste relaciona la marca con esa sociedad.

2. ¿Con qué producto relaciona usted esta marquilla? (Con referencia a la que aparece en el anexo 2 del interrogatorio, folio 424). Centrándose la discusión del presente caso en los jeans de la sociedad Levi Strauss & Co., se presume que el denunciado relaciona las marquillas con los jeans de esa sociedad.

3. ¿Con qué empresa relaciona usted esta marquilla? (Refiriéndose a la que se ve en el anexo 2 del interrogatorio, folio 424). Apareciendo en la figura el nombre de Levi Strauss & Co., se presume que el denunciado relaciona la marca con dicha sociedad.

4. ¿Cuál es su relación con la señora Lidia Mireya Zuleta Calderón? Dado que dicha señora se notificó de la resolución 19658 del 17 de agosto de 2000, por medio de la cual se abrió la presente investigación, en la dirección a la que se dirigió el notificador comisionado, calle 12 No. 2-43 de Ibagué, puede deducirse que existe alguna relación entre ella y el señor Jader Alberto Zuleta Calderón, posiblemente la de parentesco en virtud de los apellidos. Sin embargo no es posible precisarlo, según las pruebas obrantes. Pero, en virtud del hecho confesado de poseer acciones en la sociedad Diseño y Moda Nuevo Mundo S.A., de la que la señora Lidia Mireya Calderón Zuleta es gerente, se presume la relación comercial entre ellos.

• *En cuanto a la pregunta 8 del interrogatorio escrito:* ¿Desde cuándo CP empieza a usar la garra en el pantalón? (la garra, cuya muestra se ve en el anexo 2 del interrogatorio, folio 424), hay que aclarar que, de acuerdo con las fotografías anexas a la denuncia, apreciables a folios 68 a 72 del expediente, la marquilla usada por CP Company no es la misma que aparece a folio 424, por lo que la presunción de indicio grave, de la que habla el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, se desvanece ante la evidencia en contrario.

• *Frente a la pregunta 9 del interrogatorio escrito:* ¿Desde cuándo CP usa la marquilla de garantía en la que se indica que "This is a pair of CP"? no procede la aplicación de la presunción a la que alude el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, pues en las pruebas allegadas por la parte denunciante no reposa prueba de la utilización de una marquilla, en el sentido de la pregunta, por parte CP Company.

• Teniendo en cuenta que no se presentó prueba del registro de los arcos que forman las costuras en los bolsillos de los pantalones Levi's, a las que se refiere la pregunta 17 del interrogatorio escrito y que, siendo constitutivo y no sólo declarativo de derechos de propiedad industrial el carácter del registro, el Despacho juzga inadmisibile la confesión sobre este punto, en los términos del artículo 195, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil.

5. Adecuación normativa

5.1 Presupuestos generales esenciales en la ley 256 de 1996

La aplicación de la Ley 256 de 1996 depende de comprobar que la situación que se examina se haya desarrollado o produzca sus efectos en determinado ámbito objetivo, subjetivo y territorial. En ausencia de algunos de los anteriores presupuestos, la ley de competencia desleal no podrá ser aplicada a la conducta bajo análisis. Por lo tanto, resulta imperativo para este Despacho verificar la existencia de todos y cada uno de los elementos dentro de un caso concreto para establecer si a las conductas denunciadas les es aplicable la ley de competencia desleal.

5.1.1 Ámbito objetivo de aplicación

Artículo 2: *“Ámbito objetivo de aplicación. 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”.*

En cuanto al elemento objetivo del acto de competencia desleal, la norma establece que la conducta es considerada desleal, sólo cuando se realice en el mercado y con fines concurrenciales. El mercado, considerado como el escenario en que tanto oferentes como consumidores buscan satisfacer necesidades propias y ajenas, y la finalidad concurrencial, causa formal del fenómeno de la competencia, que requiere que la conducta se haya dado con el objetivo de presentarse o concurrir al mercado ofreciendo, vendiendo o comprando productos o servicios. En la norma²⁶ se señala que la finalidad concurrencial se presume cuando el acto resulta idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero. Es decir que la presunción legal opera cuando el sujeto activo del acto denunciado ha pasado de la intención de tomar parte en el mercado a realizar actos claros de participación en el mismo.

5.1.2 Ámbito subjetivo de aplicación

5.1.2.1 Concepto de participante en el mercado

Durante la vigencia de los artículos 75 a 77 del Código de Comercio²⁷, las conductas en materia de competencia desleal eran concebidas desde una óptica estrictamente profesional, en la que se buscaba la protección de los intereses de los comerciantes y se exigía una relación de competencia entre las partes implicadas.

A partir de 1996, se adopta en Colombia la Ley 256 de competencia desleal, con base en el modelo español, inspirada en un criterio social que busca proteger no sólo los intereses particulares de los empresarios sino, además, aquellos de los consumidores y del mercado en general, lo que se hace evidente al tenor de su artículo 3:

²⁶ Artículo 2 de la ley 256 de 1996.

²⁷ Concordancias: artículos 1 y 10 del Código de Comercio.

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

Ante la pretérita restricción, impuesta por el Código de Comercio, de la incidencia de la normatividad sobre competencia desleal a los comerciantes²⁸, la Ley 256 de 1996 vino a ampliar las categorías de sus destinatarios, obedeciendo al interés del legislador por abarcar no sólo las conductas desleales de los comerciantes, sino aquéllas de otros agentes, que, si bien no ostentan la calidad de comerciantes, participan en el mercado, visto como *"el mecanismo por medio del cual los compradores y los vendedores de un bien o servicio determinan conjuntamente su precio y calidad"*²⁹.

Es el mercado el escenario al que concurren los agentes económicos que se clasifican tradicionalmente en tres grupos: *"consumidores, empresarios y dueños de los recursos productivos"*³⁰. En todos ellos existe el interés de satisfacer una expectativa particular, que en el caso del empresario se hace ostensible cuando realiza su esfuerzo por penetrar, conquistar o expandirse en el mercado, donde las más de las veces se verá enfrentado a otros motivados por un fin económico común. Son los agentes económicos quienes participan en el mercado de acuerdo con su capacidad para intervenir activamente en el intercambio comercial de ciertos productos³¹.

Participar es tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos³². En términos económicos, participar o tener parte en el mercado supone el desarrollo de actividades de suministro o compra de los productos y de prestación de los servicios³³. De lo que se concluye que para considerar que un agente participa en el mercado colombiano, es necesario que su actividad se desarrolle activamente en el intercambio comercial de los productos o servicios.

5.1.2.2 Relación entre los artículos 3 y 21 de la Ley 256 de 1996

Para el Despacho, el análisis del artículo 3 de la Ley 256 de 1996 incide en la interpretación del artículo 21 de la misma, referente a la legitimación activa en las acciones por competencia desleal, cuyo texto es el siguiente: *"(...) Cualquiera 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"*.

De la norma se desprende que se aplica a todos aquellos que participan en el mercado colombiano³⁴ o que demuestren su intención de hacerlo, ya sea como oferentes, demandantes o consumidores, sin importar si son personas jurídicas o naturales, públicas o privadas.

Por lo tanto, para que un sujeto determinado pueda tener el carácter de denunciante, a la luz de la ley de competencia desleal, se requiere que tenga presencia en el proceso económico de oferta y demanda de algún bien o servicio en el mercado colombiano, o que, por lo menos, demuestre su intención de participar en él.

28 CÓDIGO DE COMERCIO, artículo 10 *"Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. - La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona"*.

29 Samuelson, Paul A. Nordhaus, William D. Economía. De Mc GrawHill, 15a edición. España 1996.

30 Ferguson, CE.Y GOULD, J.P. Teoría Microeconómica. Fondo Económico, Mexico 1980.

31 Artículo 4 de la ley 256 de 1996: *"Esta ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano"*.

32 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Real Academia Española, 2002.

33 Tribunal de Defensa de la Competencia Español, resolución de 29 de junio de 1999, caso Interflora. Tomado de *"Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia"* de Juan Manuel Fernández López.

34 Artículo 3 de la ley 256 de 1996.

Aunque a primera vista podría pensarse que esta disposición permite la aplicación de la ley de competencia a cualquier persona, bajo una interpretación sistemática, por oposición a lo establecido en el artículo 3 de la misma, se entiende que ésta delimita su aplicación a los comerciantes y participantes en el mercado, y que, independientemente de si se trata de personas físicas o jurídicas, o que su naturaleza sea pública o privada, las acciones por competencia desleal pueden ser ejercidas por cualquier persona, que participando en el mercado colombiano, haya sido afectada con la realización de la conducta desleal.

Con base en la conclusión del análisis sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal -para considerar que un agente participa en el mercado colombiano, es necesario que su actividad se desarrolle activamente en el intercambio comercial de los productos o servicios- resulta forzoso afirmar que quien incoa una acción de competencia en Colombia debe demostrar que realiza sus operaciones comerciales ejerciendo control directo por él o a través de su representante, sobre la dinámica del intercambio de sus productos o servicios en el mercado colombiano.

Pero, teniendo en cuenta que el artículo 21 de la Ley 256 extiende el ámbito subjetivo de aplicación, legitimando para accionar a quien tenga la intención de participar en el mercado, se hace necesario que quien no tenga la calidad de participante en el mercado colombiano, por ejemplo, una sociedad extranjera,³⁵ demuestre el despliegue de unas actividades de las que pueda inferirse la determinación de su voluntad hacia la introducción de sus productos o servicios en territorio colombiano. Tales podrían ser las tendientes a cumplir los requisitos señaladas en los artículos 471, 477 y concordantes, del Código de Comercio.

Con referencia al caso bajo estudio, se tiene que quien denuncia el perjuicio de sus intereses por un acto de competencia desleal realizado en Colombia, y quien permaneció como tal durante toda la etapa investigativa, es la sociedad Levi Strauss & Co., organizada y constituida según las leyes del estado de Delaware, Estados Unidos de América, con domicilio principal en la ciudad de San Francisco, California del mismo país, por lo que el Superintendente Delagado para la Promoción de la Competencia concluyó:

"No se acredita en el proceso la existencia de representante en el territorio colombiano. Su alegato consiste en oponerse al uso deshonesto, por parte del señor Jader Alberto Zuleta Calderón, propietario de los establecimientos comerciales distinguidos con la enseña CP Company, de signos distintivos tales como el bolsillo, la garra y el diseño de los pantalones marca Levi's, de manera que induce al público consumidor a confusión y explota su reputación comercial.

"Dado que la sociedad denunciante, Levi's Strauss & Co. no demostró que realiza o tiene la intención de realizar una actividad comercial por medio de la cual influye en el intercambio activo de sus productos en territorio colombiano, sino que, al parecer, la importación y distribución de los jeans Levi's se ha hecho por terceros, motu proprio, sin que la sociedad Levi Strauss & Co. haya tenido ingerencia, no es posible considerarla como participante en el mercado nacional, de acuerdo con los elementos normativos del artículo 3 de la Ley 256 de 1996. Y, teniendo en cuenta que la sociedad denunciante no es participante en el mercado, tampoco puede ser sujeto activo de una acción por competencia desleal en Colombia, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal.

"Si bien es cierto que existen unos derechos marcarios protegidos por nuestras leyes y que el uso de los mismos en Colombia está autorizado para LEVI STRAUSS & CO. como su titular, no puede concluirse por este solo hecho que haya una intervención directa dentro del proceso económico de oferta y demanda de algún bien o servicio dentro del territorio nacional.

35 CÓDIGO DE COMERCIO, artículo 469. "Definición. Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior".

"Es importante diferenciar entre la protección que se otorga a la propiedad y uso de las marcas en el mercado y la que se prevé en los casos donde la libre y leal competencia se ve alterada por un determinado acto.

"Quien es titular de un derecho marcario puede denunciar su utilización no autorizada por parte de un tercero. Pero, para ser sujeto pasivo de las acciones por competencia desleal se requieren unos presupuestos previstos en la ley que no se limitan a la titularidad o no de un registro marcario³⁶. Es necesaria, como ya se precisó, una participación en el mercado que consiste en hacer parte integrante del mismo, en constituirse en agente económico (consumidor, empresario o dueño de los recursos productivos).³⁷

"No hay duda en que una infracción marcaria puede convertirse adicionalmente en violación de la libre competencia. No obstante, este vínculo entre asuntos de propiedad industrial y competencia desleal no es una proposición necesaria. Se requiere que se cumplan los requisitos formales previstos en cada una de las normas reguladoras de cada materia.

"El Despacho concluye que aunque LEVI STRAUSS & CO. sea titular en Colombia de derechos marcarios objeto de protección por parte de las normas que al respecto existen, no participa activamente en el mercado colombiano. Por lo tanto, no se cumple el presupuesto subjetivo de aplicación de la ley de competencia desleal.³⁸"

Pero, allegada al proceso la prueba de su participación en el mercado, representada por el contrato de licencia de marca internacional suscrito entre LEVI STRAUSS & CO. y la Comercializadora de Confecciones y Textiles CCTEX S.A., sociedad colombiana, domiciliada en Medellín, cuyo objeto social está dirigido, entre otras actividades, a la venta de telas, confecciones, insumos y accesorios de LEVI STRAUSS & CO., no hay duda de que la sociedad denunciante LEVI STRAUSS & CO., participa en el mercado colombiano, de acuerdo con el criterio de esta Superintendencia.

5.1.3 Ámbito territorial de aplicación

Ley 256 de 1996, 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."*

Por otra parte, es necesario analizar la restricción que impone la Ley 256 de 1996 en cuanto a la delimitación del mercado en el que debe participar el agente económico como sujeto activo o pasivo de la misma. Por interpretación sistemática de las normas aplicables al caso, vigentes en Colombia en materia de competencia desleal³⁹ y de las constitucionales sobre aplicación de la ley colombiana⁴⁰, es claro que el mercado al que se refiere el artículo 3 de la Ley de Competencia Desleal es el nacional.

El presupuesto se cumple ahora en nuestro caso, por cuanto, probada la participación de LEVI STRAUSS & CO. en el mercado Colombiano, se infiere que los efectos de los actos de competencia desleal denunciados producirían sus efectos o éstos estarían llamados a producirse en el territorio colombiano.

36 Artículos 2, 3 y 4 de la Ley 256 de 1996.

37 Ferguson, CE.Y GOULD, J.P. Teoría Microeconómica. Fondo Económico, México 1980.

38 Artículo 21 de la ley 256 de 1996.

39 Ley 256 de 1996, Ley 446 de 1998, Decreto 2153 de 1992, Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, Convenio de París, ADPIC.

40 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, preámbulo y artículos 1 a 4 y 6.

5.2 Actos de confusión

5.2.1 La norma:

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 París⁴¹, 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."*

5.2.2 Concepto de confusión:

Teniendo en cuenta que la confusión no tiene definición legal, por lo que es necesario atender a su sentido natural y obvio en nuestro idioma castellano. El significado idiomático de la palabra **confusión**, es *"acción y efecto de confundir"*, infinitivo que a su vez significa *"Mezclar dos o más cosas diversas de modo que las partes de las unas se incorporen con las de las otras"* o bien *"Equivocar, perturbar, desordenar una cosa"*⁴².

Ahora, preciso el significado literal de la palabra, es posible enmarcar la confusión en el ámbito del derecho de la competencia como uno de los más antiguos y recurrentes instrumentos de algunos empresarios para acceder rápida y gratuitamente a un mercado mediante el aprovechamiento ilícito del éxito de otro que, con esfuerzo, ha logrado prestigio y la consecuente atracción de la clientela, mediante la presentación adecuada de las prestaciones ofrecidas (uso de signos distintivos), la calidad de sus productos o servicios y la utilización eficaz de canales de comercialización entre él y los clientes (establecimientos de comercio, publicidad).

De lo anterior emerge con claridad la importancia de los signos distintivos en el desarrollo de la actividad económica, pues es a través del uso de expresiones novedosas y originales que se logra la distinción entre un empresario y otro, y entre los productos y servicios en el universo de la oferta. Y el beneficio que conlleva esa diferenciación se surte en dos vías: en primer lugar, asegura la tutela del patrimonio empresarial y, en segundo lugar, protege al consumidor garantizándole el derecho que tiene a comparar y optar por la oferta que más satisface sus necesidades.

La confusión puede generarse de manera directa e indirecta: la directa ocurre cuando el consumidor incurre en error frente a los productos o servicios; la indirecta se da cuando el consumidor yerra en cuanto a la procedencia empresarial de esos productos o servicios o establece una relación comercial inexistente entre empresas distintas⁴³.

41 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;"

42 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA "Diccionario de la Lengua Española" Decimotava edición, 1956.

43 GÓMEZ LEYVA, Delio "De las Restricciones, Del Abuso y De la Deslealtad en la Competencia Económica", Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, páginas 330 y 331: Citando a José María De La Cuesta, precisa: "Hay confusión directa o inmediata cuando el consumidor, debido a la identidad o gran similitud de las prestaciones, considera que se trata del mismo signo distintivo (v. Gr., Philips – Philip); paralelamente en materia de creaciones materiales hay confusión directa o inmediata cuando, debido a la identidad o gran similitud de las prestaciones, considera que se trata de la misma mercancía (v. gr., bolso de señora con forma cónica con un solo cierre – bolso con forma cónica con dos cierres). En cambio, se produce confusión indirecta o mediata en materia de signos distintivos cuando el consumidor aprecia que son dos signos distintos, pero su parecido le lleva a entender que ambas prestaciones proceden de la misma empresa, imputando las diferencias a que se trata de una modernización del antiguo producto, a un nuevo miembro de la familia de productos o a que los productos proceden de diferentes sucursales o establecimientos (v. Gr., Polimeral, Polymerin); en materia de creaciones materiales el consumidor aprecia que se trata de dos mercancías diferentes, pero su parecido le lleva a entender que proceden de la misma empresa, imputando las diferencias a las causas enumeradas (v. Gr. Estuche metálico para los lápices de colores con forma de triángulo isósceles – estuche con forma de triángulo escaleno).

5.2.3 Presupuestos especiales de la conducta de actos de confusión

Para la adecuación normativa de la conducta es necesario establecer los elementos mínimos que componen la norma:

a) La conducta debe recaer sobre la actividad ajena o sobre las prestaciones mercantiles ajenas o el establecimiento ajeno.

La actividad se refiere a la empresa⁴⁴; 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 pecuniaria que se constituyen en la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico⁴⁵; el establecimiento, al conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa⁴⁶.

Cada uno de estos tres bienes tutelados es sobre los cuales exige la norma que se cree la confusión, presentándose la tipificación completa cuando la conducta tenga el objeto o el efecto de crear confusión en uno de ellos o en todos.

En nuestro caso, la denuncia se refiere a la infracción en la que incurre presuntamente el señor Jader Alberto Zuleta Calderón al desplegar actos de competencia desleal por confusión y explotación de la reputación ajena, al vulnerar derechos de propiedad industrial de Levi Strauss & Co., que son activos empresariales. Por lo tanto, se cumple el primer elemento del tipo del artículo 10 de la Ley 256 de 1996.

b) Realización de una conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión.

Para este Despacho es evidente que el artículo 10 de la ley 256 de 1996 al considerar que existe competencia desleal cuando la conducta tenga por objeto crear confusión sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos (destacamos), busca reprimir la posibilidad de que se presente dicha confusión. En otras palabras, la ley pretende prevenir el riesgo de crear confusión, así esta no se materialice con la producción de efectos. De acuerdo con este elemento de la norma, la valoración del acto de competencia desleal no está condicionada al éxito, o a que se produzcan los efectos esperados; luego, basta que el supuesto legal se realice.

El empleo por la ley de los términos "tenga por objeto" o "como efecto" pareciera exigir como presupuestos para calificar una conducta como desleal, la consecución de la finalidad perseguida o, en ausencia de la intención, la producción del efecto. *"... Lo relevante no es propiamente la confusión, sino el peligro determinante, lo que conoce como 'confundibilidad'. No es preciso que la confusión haya tenido lugar, sino que basta la posibilidad o riesgo de producción, aunque todavía ni uno solo de los consumidores se haya confundido. La calificación de desleal, no exige probar la efectiva producción de la confusión, es suficiente acreditar la aptitud de la imitación para confundir..."*⁴⁷

Ahora, aplicando esta característica general de los actos de competencia desleal, al específico de confusión, la conducta desplegada por el investigado debe ser suficiente para crear en el público

44 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.

45 LEY 256 DE 1996, artículo 5.

46 CÓDIGO DE COMERCIO, artículo 515.

47 PORTELLANO, reseñado por MENÉNDEZ, Aurelio "La Competencia Desleal" Editorial Civitas, Madrid, 1988, citado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 34878 del 26 de octubre de 2001, página 11.

consumidor confusión o riesgo de confusión⁴⁸; es decir, debe ser apta para hacer que el receptor de la conducta elija una cosa con la convicción de estar eligiendo otra.

• *El caso concreto*

Con la salvedad de que el análisis de los aspectos de propiedad industrial que interesan al caso particular, se orientará a determinar la ocurrencia de infracción a las normas de competencia desleal, y que, por lo tanto, el criterio que este Despacho expone en la motivación y decisión de este fallo, no debe extenderse a las decisiones que corresponde tomar en casos referidos exclusivamente a derechos de propiedad industrial, procedemos a determinar la incursión del señor Jader Alberto Zuleta Calderón en la realización de actos u operaciones potencialmente idóneos para crear confusión directa o indirecta frente a la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento de la sociedad denunciante Levi Strauss & Co.

En la denuncia, el apoderado de Levi Strauss & Co. hace una extensa y minuciosa, referencia a los derechos de propiedad industrial de los cuales es titular su mandante. Sin embargo, desde la exposición de los hechos mismos que fundamentaron su acción, es claro que la vulneración de esos derechos marcarios se predica de los registros concedidos en Colombia, números 86086⁴⁹, 88.348⁵⁰, 108618⁵¹, 61.738⁵², 155.695⁵³, 44.591⁵⁴, para identificar productos de la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza-, del diseño de los bolsillos⁵⁵ y, en general, del jean Levi's.

Para hacer un análisis comparativo de la presentación del producto de Levi Strauss & Co. y el comercializado por el señor Jader Alberto Zuleta Calderón, resulta útil la observación de las fotografías anexas a la denuncia⁵⁶ y al interrogatorio de parte escrito formulado por la parte denunciante⁵⁷, en el que se pueden percibir las siguientes impresiones:

1. Es innegable el parecido del diseño general del producto en cuanto a la distribución y composición de elementos como las costuras, los botones y la ubicación de la garra.
2. También es evidente la similitud en cuanto al conjunto gráfico de la garra: la referencia 501, el dibujo de dos cintas, una en la parte superior u otra en la inferior –que en el Levi's contiene la inscripción "ORIGINAL RIVETED" (en la superior) y "PATENTED IN U.S. – MAY 20 1873", y en el CP Company se alcanza a distinguir la palabra "ORIGINAL" (a la izquierda de la cinta superior), mientras los demás caracteres son ilegibles-. Debajo de la cinta superior aparece en los dos modelos –el de Levi's y el de CP Company- la leyenda "QUALITY CLOTHING", diferenciándose el de CP Company por la aparición de dos equis: XX, al mismo nivel.

48 GÓMEZ LEYVA, Ob. cit. Pág. 334: "Para doctrinantes como ASCARELLI y RIPPE, la confundibilidad deber valorarse teniendo en cuenta un consumidor de tipo medio, la atención y memoria medias del consumidor que no tiene a la vista simultáneamente productos concurrentes, pero recuerda imperfectamente uno cuando ve el otro. DE LA CUESTA piensa que para esta valoración debe tenerse en cuenta el círculo de potenciales clientes (productos de consumo masivo y de consumo restringido o especializado); sin embargo, concluye que el criterio decisivo para la apreciación del riesgo de confusión ha de ser la reacción del tipo medio del círculo de destinatarios, dejando, pues, de lado los casos extremos de adquirentes especialmente competentes y sagaces como los especialmente incompetentes o distraídos. Debe pues excluirse el riesgo de confusión cuando sólo una parte desdeñable de los destinatarios podría ser confundido o llevado a error."

49 Folio 65.

50 Folio 66.

51 Folio 58.

52 Folio 59.

53 Folio 61.

54 Folio 64.

55 Cuyo registro marcario fue negado por la División de Signos Distintivos de esta Superintendencia, mediante Resolución

56 Folios 68 a 72.

57 Folios 423 a 425.

En el centro del conjunto del Levi's, se observan las figuras de dos arrieros, de pie, con sus caballos, que halan en sentidos opuestos de un jean que se encuentra en medio; encierran la escena las expresiones "TRADE" - "MARK", ubicadas a lado y lado. Ahora, en el cuadro del CP Company no aparecen arrieros sino dos jinetes en dos cuadrúpedos -sin que pueda determinarse su especie por lo diluido de la imagen en la fotografía-, ubicados a lado y lado de un jean, pero, a diferencia de lo que pasa en el Levi's, éstos se enfrentan y no halan; también encierran la escena las expresiones "TRADE" - "MARK", ubicadas a lado y lado. Finaliza el cuadro central del conjunto marcario, en el Levi's, la expresión "Every Garment Guaranteed", y en el CP Company, una frase ilegible.

En la parte superior del conjunto del Levi's, la inscripción "LEVI STRAUSS & CO." ondula sobre la leyenda "San Francisco, Cal"; en la misma parte del CP Company se puede ver la expresión "C. P. COMPANY", sobre caracteres ilegibles.

En el borde inferior del conjunto del Levi's aparecen, al lado izquierdo, las referencias 501, 541 o 505, y alineada a la derecha, la información sobre tallaje del producto, así: W 32 L 32 o W 34 L 34. En el CP Company, la distribución y la información es igual.

3. En cuanto a la etiqueta de referencia de talla y código de barras, la distribución de los elementos de los productos de Levi's y CP Company es la misma, salvo por el tono del color amarillo.

4. En el jean Levi's aparece, cosida en el bolsillo derecho, una marquilla roja con la inscripción "LEVI'S", en sentido vertical, mientras en el CP Company no aparece tal elemento.

5. Se destaca el hecho de que los jeans comercializados por el denunciado se identifican nominativamente como CP COMPANY y no como LEVI'S.

En vista de la anterior exposición de características, no puede ser otra conclusión, que la de considerar que es evidente la semejanza en cuanto a la presentación de los productos de Levi Strauss & Co. y CP Company, tanto en el diseño de los jeans, como en los signos distintivos que se les adhieren para su comercialización.

Sin embargo, la similitud entre productos o signos distintivos no es el único factor determinante de la confusión, como acto de competencia desleal, pues, tal como se dijo al momento de analizar los ingredientes normativos del artículo 10 de la Ley 256 de 1996, la confusión es un fenómeno psicológico que se produce en la clientela y no en los productos o servicios y sus signos distintivos, pues éstos son los objetos sobre los cuales recae la evaluación del consumidor y el posterior juicio erróneo cuando no son lo suficientemente diferenciables en el mercado.

Hecha esta precisión, se entiende por qué no es suficiente la demostración de la similitud entre productos o servicios o entre los signos que los identifican en el mercado, para declarar la comisión de actos de competencia desleal por confusión, sino que es preciso analizar las circunstancias que rodean la comercialización de los mismos para adquirir la certeza sobre la confusión en que se induce a la clientela, por efecto o por objeto, que la hace optar por un producto o servicio, con la seguridad de estar adquiriendo otro.

En consecuencia, es de suma importancia evaluar el matiz que le imprime al caso el hecho de la notoriedad de la marca LEVI'S en el mercado colombiano, declarada por esta Superintendencia mediante la Resolución 20959 del 31 de julio de 1997⁹⁸, al concurrir con la prueba de la semejanza entre los signos utilizados por Levi Strauss & Co. y CP Company para identificar sus jeans.

Los argumentos concluyentes de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, al hacer la declaración referida, fueron, los siguientes:

"Que una vez analizado el acervo probatorio existente en el expediente de la referencia, es claro para este Despacho, que el volumen de producción y ventas de los productos distinguidos por la marca LEVI'S, cuya titular es la compañía LEVI STRAUSS & CO., ha logrado un grado tal a nivel internacional, que resulta innegable el conocimiento de la marca mencionada por parte del grupo de personas que en Colombia integran el conglomerado de consumidores de los productos que distingue.

"Además, la alta difusión que en materia publicitaria ha tenido la marca LEVI'S, en América Latina, permiten afirmar que la marca en mención, ha gozado de una amplia difusión dentro del público consumidor colombiano, no sólo en este momento, sino también con anterioridad a la solicitud de registro presentada por INVERSIONES FLORIDA LTDA., dado que tal como lo indica el observante en la declaración juramentada (ver folio No. 113) gasta millones de dólares cada año en la publicidad de sus productos en todo el mundo, algunos de ellos se han vuelto tan famosos y representan una presencia económica tan grande que la Compañía diseña campañas estratégicas para realzar la notoriedad de esos productos.

"Por lo tanto, este Despacho encuentra debidamente probada la notoriedad de la marca LEVI'S, propiedad de LEVI STRAUSS & CO."

Siendo esencial en la adecuación de la conducta denunciada al tipo del artículo 10 de la Ley 256, el análisis del factor psicológico⁵⁹ que afecta al consumidor al momento de optar en el mercado, dado que la concreción de la confusión emerge de un juicio⁶⁰ equivocado sobre la identidad del producto o servicio, el hecho probado de la notoriedad de la marca LEVI'S –cuya declaración dependió también del examen del fenómeno psicológico del conocimiento que de ella tiene el público consumidor- necesariamente, influye en el proceso de comparación entre las imágenes de los productos que se le presentan, primero, y en la operación de evaluación de la información que cada objeto le transmite, después, para, finalmente, llegar a la síntesis que determina la compra.

No cabe duda acerca de que el fenómeno de la notoriedad incide en el de la confusión. Pero, con el ánimo de ilustrar la conclusión, es preciso exponer las consideraciones específicas del Despacho con respecto al punto:

En primer lugar, la marca LEVI'S de la sociedad Levi Strauss & Co., es notoria en el grupo de personas que en Colombia integran el conglomerado de consumidores de los productos que distingue, por su antigüedad y uso constante, por su volumen de producción y ventas, y la alta difusión publicitaria.

Al ser notoria la marca LEVI'S de la sociedad Levi Strauss & Co., en el grupo de personas que en Colombia integran el conglomerado de consumidores de los productos que distingue -por su volumen de producción y ventas, y la alta difusión publicitaria-, los consumidores de jeans LEVI'S cuentan con condiciones especiales de conocimiento que les permite distinguirlos de otros, y que, teniendo en cuenta su prestigio –evocativo de su procedencia empresarial, tradición, calidad, status y hasta del diseño determinado de sus productos-, es seguro que se esmeran en la comparación con otros productos similares ofrecidos en el mercado.

59 DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Psicología: "Parte de la filosofía que trata del alma, sus facultades y operaciones. Todo aquello que atañe al espíritu. Ciencia que estudia los procesos mentales en personas y en animales. Manera de sentir de una persona o de un pueblo. Síntesis de los caracteres espirituales y morales de un pueblo o de una nación. Todo aquello que se refiere a la conducta de los animales".

60 Ibidem. Juicio: "Operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones".

En segundo lugar, consideró el Despacho que los productos de CP Company, siempre se identifican como C P COMPANY.

Teniendo en cuenta las reglas de la experiencia que informan acerca del proceso lógico de comparación entre productos, puede inferirse el siguiente: el consumidor potencial, en primer término, hace la identificación por su nominación LEVI'S. Luego, se compara el producto que examinan con su idea de aquel que desean –un jean LEVI'S-, en aspectos tales como material, diseño y elementos gráficos de los signos distintivos adheridos. Obvio es que advirtiéndose la diferencia entre la marca nominativa LEVI'S y cualquier otra que identifique el producto, como C P COMPANY, no hay lugar a la confusión del consumidor, pues desde el primer momento del proceso de comparación de las prendas, éste sabe que el producto es C P COMPANY y no LEVI'S, haciéndose inocua la similitud de los demás elementos secundarios del mismo, por lo menos, como factores determinantes de confusión.

De los juicios anteriores, rezuma la imposibilidad del riesgo de confusión directa e indirecta entre los productos de Levi Strauss & Co. y C P Company, comparados en la denuncia⁶¹, de acuerdo con los elementos normativos del artículo 10 de la Ley 256 de 1996.

5.3 Actos de Explotación de la Reputación Ajena

5.3.1 La norma:

Ley 256 de 1996, artículo 15: *"Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*

'Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como 'modelo', 'sistema', 'tipo', 'clase', 'género', 'manera', 'imitación', y similares'.

5.3.2 Concepto de reputación y de aprovechamiento:

En castellano, **reputación** es **fama**, y esta es la opinión que la gente tiene de una persona; la opinión que el común tiene de la excelencia de un sujeto en su profesión o arte⁶².

Aprovechamiento es la acción o efecto de aprovechar o aprovecharse. **Aprovechar** sacar utilidad o provecho de alguna cosa. **Provecho** es el beneficio o utilidad que se consigue o se origina de una cosa o por algún medio; la utilidad o beneficio que se proporciona a otro

El aprovechamiento de la reputación ajena constituye una forma parasitaria de competir, pues implica tener una presencia en el mercado a costa del esfuerzo económico e intelectual de un tercero. Tal actitud prejudicial para el competidor agredido, genera consecuencias nefastas para el consumidor que en no pocas ocasiones es víctima de la confusión que trae consigo este tipo de conductas, toda vez que lo que busca quien en ellas incurre, es crear en el público una asociación con las calidades de aquel oferente al cual imita. En consecuencia, esta conducta viola el principio de transparencia que debe existir en el mercado, atentando en forma directa contra la libre y responsable competencia económica⁶³.

61 Folios 68 a 72 y 425.

62 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Proceso 21-IP-96, G.O. 318 de enero 26 de 1998, citada en el Proceso 59-IP-2000 del 1 de septiembre de 2000 "La comparabilidad entre marcas idénticas no requiere de reglas distintas del cotejo, comparación simple y confrontación visual de dos signos idénticos para derivar de ellos el gravísimo riesgo de confusión, sin necesidad de acudir a métodos sofisticados, a elucubraciones mayores o a una elaboración del pensamiento o del raciocinio. Hasta en la pruebas más elementales de comprensión y asociación de ideas, que practican a los niños, basta con que ellos vean imágenes iguales para deducir de ellas una identidad determinada."

63 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA "Diccionario de la Lengua Española", Decimotercera edición, pág. 1134 y 609.

5.3.3 Elementos de la conducta:

Se exponen en la norma dos supuestos diferenciables: en el primer inciso se repudia la conducta general de explotar la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por un comerciante en el mercado; en el segundo se hace referencia a una conducta específica y se prevé una presunción legal de deslealtad, de tal manera que probado el hecho de la utilización de un signo distintivo ajeno hay lugar a declarar la deslealtad de la conducta.

Siendo así, los elementos relevantes de la conducta y, por lo tanto, el enfoque probatorio en cada uno de los supuestos varía. Si miramos la conducta desde el punto de vista del primer inciso, la carga de la prueba corresponde a la parte denunciante sobre los siguientes elementos:

a) Reputación adquirida en el mercado

Esto es, la demostración de que quien alega la deslealtad ha logrado en el mercado la sumatoria de varios factores inherentes a la actividad del comerciante, entre otros, la permanencia en el mercado, el grado de recordación de la clientela actual o potencial, la calidad de los productos, el cumplimiento de las obligaciones financieras y, en general, con terceros.

b) Aptitud del medio utilizado

El investigado debe haber ejecutado una acción apta para lograr la confusión o el riesgo de asociación en el público consumidor. Suele ser el uso no autorizado de signos distintivos el medio más recurrente para explotar la reputación industrial, comercial o profesional ajena, pues dada la función de información que cumple un signo distintivo en el mercado, su imitación resulta ser un acto idóneo para lograr la transmisión de la reputación del titular del derecho de propiedad industrial al infractor.

No obstante, para esta Superintendencia de Industria y Comercio el uso de signos distintivos confundibles no implica la incursión automática del investigado en la conducta descrita en el segundo inciso del artículo 15 de la ley 256 de 1996, pues la prueba de la confundibilidad correspondería sólo a uno de los elementos de la conducta.

Igualmente, es esencial, para hacer una adecuación normativa de la conducta investigada, tener en cuenta que dos hipótesis entraña el artículo 15, tendientes a ilustrar el acto potencialmente dañoso: en el primer inciso se prevé una conducta general en la que el competidor desleal ha actuado o ha faltado a una obligación de no hacer, de manera que le permite aprovecharse de la reputación del denunciante; en el segundo inciso, se contempla una acción específica, consistente en que el denunciado haya usado un signo distintivo ajeno.

Pero, la utilización del signo distintivo ajeno, per se, no adecúa la conducta a la norma en comento. Es necesario que el uso abusivo esté acompañado de circunstancias de tiempo, modo y lugar que indiquen que la conducta se dirigía a obtener provecho de la reputación del titular del signo distintivo, para que el infractor se condene por el acto de competencia desleal que se estudia.

c) Beneficio o ventaja concurrencial y perjuicio correlativo

La producción de los perjuicios del titular de las prestaciones imitadas es directamente proporcional a las ventajas que obtiene el comerciante desleal al lograr en él y en sus productos o servicios la transmisión de los valores del empresario y de los productos o servicios afamados, a través, por ejemplo, de la imitación de signos distintivos, conducta mediante la cual se lograría el debilitamiento de un medio eficaz para atraer la clientela, ya que al identificar otros productos o servicios que no cumplen con los parámetros por la que logró su posición en el mercado, se produce la dilución de su campo de significación (valores comunicados por el signo) y de su poder de asociación, por lo tanto de su eficacia

en el mercado o, incluso, su desdoro (deslustre), todo lo cual se materializa en el valor económico del signo.

Ahora, si el análisis de la conducta se hace frente a la presunción del segundo inciso, la carga de la prueba se invierte frente al elemento de la reputación del denunciante (que se presume por la ley) y es al investigado a quien corresponde probar la no existencia de esa reputación previa del denunciante. Por lo tanto, los presupuestos fácticos de deslealtad serán los siguientes:

- a) Derecho que posee el denunciante sobre el signo distintivo;
- b) Uso no autorizado del signo del cual es titular el denunciante, que genere riesgo de asociación.

• Caso concreto

En primer lugar, se analizará la conducta del investigado desde el segundo inciso del artículo 15 de la Ley 256 de 1996, aplicando la presunción legal que contiene.

Está probado que la sociedad Levi Strauss & Co. es titular de los registros marcarios 86086, 88.348, 108618, 61.738, 155.695 y 44.591, para distinguir productos de la clase 25 internacional, a la que corresponden los jeans. Igualmente, que el señor Jader Alberto Zuleta Calderón tuvo, para el tiempo de los hechos, establecimientos de comercio identificados con la enseña CP Company, destinados a la "venta de ropa sport en general", misma nominación que se estampa en la garra adherida a los jeans.

Exigiendo el presupuesto normativo que exista empleo no autorizado de signos distintivos ajenos, sin recurrir a calificaciones sobre similitud o confusión, se entiende que el signo utilizado por el infractor debe ser idéntico, pues si solamente es similar ya no correspondería al mismo sobre el cual tiene derechos el denunciante de la conducta. Teniendo en cuenta que, a pesar de las evidentes similitudes entre los conjuntos marcarios distintivos de los jeans LEVI'S y C P COMPANY, también son evidentes sus diferencias⁶⁴, la conducta de Jader Alberto Zuleta Calderón no puede adecuarse al segundo inciso del artículo 15 de la Ley 256 de 1996.

Ahora, examinando la conducta del denunciado frente al supuesto general del inciso primero, se observa que la declaratoria de notoriedad se dio frente a la marca LEVI'S —en virtud de la cual se analizaron aspectos tales como la extensión del conocimiento de la marca entre el público consumidor, su intensidad y ámbito de difusión, y su antigüedad y uso constante⁶⁵— ¿Puede tal circunstancia comunicarse al empresario titular de los derechos de propiedad industrial sobre ella?

Sí, en consideración a la naturaleza intelectual de los derechos de propiedad industrial sobre signos distintivos, cuya función, por excelencia, es servir de medio de comunicación entre los sujetos intervinientes en la dinámica mercantil. Ilustra este aserto, la cita de la doctrina al respecto: *"El derecho exclusivo sobre signos mercantiles pretende efectivamente que cada empresa aparezca lo suficientemente identificada y diferenciada en el mercado con respecto a las demás. Pero con ello no se pretende tan sólo resolver el problema de policía del mercado en interés de los consumidores y con la finalidad de asegurar a éstos una elección sin equivocaciones o errores posibles. Lo que el sistema de derechos exclusivos sobre signos pretende fundamentalmente es garantizar a cada industrial o comerciante la conservación de los valores espirituales y económicos incorporados a su empresa, que constituyen un patrimonio propio, se manifiestan en forma de prestigio comercial, nivel de clientela y posición adquirida en el mercado; quedan fijados por los signos que utiliza y que pueden ser apropiados fraudulentamente por las empresas rivales, a través de la imitación de esos signos, y de la utilización de otros idénticos o que, por su parecido, puedan confundirse con ellos"*⁶⁶.

64 Véase análisis en página 27 de este acto.

65 Folio 76.

66 BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. "Tratado de Derecho Industrial", Editorial Civitas, 1978, página 222.

Siendo la marca un elemento generado en la empresa, que informa a través de imágenes, sonidos u olores⁶⁷ su identidad y sus valores espirituales y económicos, el prestigio, el nivel de clientela y el posicionamiento de la marca en el mercado, necesariamente, se comunican al empresario esforzado en lograr fines tales.

Por lo tanto, declarada la notoriedad de la marca LEVI'S en territorio colombiano, se tiene probada la reputación de la empresa Levi Strauss & Co.

Para que se configure la conducta de actos de explotación de la reputación ajena, es necesario probar que el denunciado utilizó algún medio para tal fin y que ese medio es idóneo para lograr provecho.

Se denuncia, en este caso, y en el comportamiento del señor Jader Alberto Zuleta Calderón por la comercialización continua de jeans, empleando elementos distintivos semejantes a los que usa Levi Strauss & Co. en la comercialización de los suyos.

Teniendo en cuenta la confesión del denunciado y los indicios graves que sobre su conducta pesan, de acuerdo con la valoración que del interrogatorio de parte escrito consta en las páginas 19 y 20 de esta resolución, aunado al hecho de la notoriedad de la marca LEVI'S, al de la similitud del diseño de los productos y de los elementos gráficos de los signos distintivos con los que se presentan en el mercado, y al insoslayable hecho de que a la fecha en que el denunciado se registró ante la Cámara de Comercio de Ibagué (1 de septiembre de 1993⁶⁸), ya habían sido expedidos en Colombia, a favor de la sociedad denunciante, los certificados de registro marcario números 67.473, 87.992, 108.618, 61.738, 86.087, 86.086, 88.348 y 90.343, y más aun, que al matricular su establecimiento de comercio "Hiper C.P. Company" (noviembre 10 de 1997⁶⁹) y al renovar la matrícula de otros más, ya la marca LEVI'S había sido declarada notoria (31 de julio de 1997), no hay duda de que el señor Jader Alberto Zuleta Calderón era conocedor, para el tiempo de los hechos, de la reputación de la marca y, por consiguiente, de la sociedad denunciante.

Con todo, puede inferirse que la gran similitud en cuanto a la presentación de los productos en el mercado (diseño, costuras, ubicación de elementos tales como los botones y los signos distintivos) y al contenido conceptual del conjunto representado en la garra, hace evidente la pretensión del señor Calderón Zuleta de atraer consumidores de sus productos, prevaleciéndose de la imagen prestigiosa de la marca LEVI'S.

Cierto es que no hay prueba acerca de la efectividad que tuvo esa maniobra del denunciado en la atracción de clientela, pero, dado que la incursión en conductas de competencia desleal no requieren la producción de daño, sino que basta la potencialidad o el riesgo de que se produzca, la comprobación de tal hecho no es necesaria.

No cabe duda al Despacho de que el investigado, con el acto de poner en circulación los jeans C P Company de manera tan similar a los afamados LEVI'S, logra, en primer término, capturar la atención del consumidor medio de los productos de esta marca notoria, y si bien, no es posible su confusión, tal como se concluyó al analizar la conducta de actos de confusión, sí lo es que la compra de un jean C P COMPANY esté determinada por su parecido con uno LEVI'S. Siendo posible que sea la similitud de los productos la causa determinante de la decisión de compra del consumidor, es innegable la aptitud del medio utilizado para beneficiarse del esfuerzo empresarial ajeno.

Finalmente, en cuanto al elemento del beneficio o ventaja concurrencial y perjuicio correlativo, la comprobada imitación que de los signos distintivos de Levi Strauss & Co. ha hecho Jader Alberto Zuleta Calderón para comercializar sus jeans, es una conducta ciertamente enervante de la distinción, como medio eficaz para atraer la clientela, por la dilución del campo de significación de los signos distintivos

67 DECISIÓN 486, artículo 134.

68 Folio 308.

69 Folio 53.

imitados (valores empresariales que comunica) y de su poder de asociación, por lo tanto de su eficacia en el mercado o, incluso, su desdoro (deslustre), todo lo cual se materializa en el valor económico del signo.

Por lo anterior, no otra puede ser la conclusión: la conducta de Jader Alberto Zuleta Calderón se adecúa a los supuestos normativos que se refieren a los actos de explotación de la reputación ajena, descritos en el artículo 15 de la Ley 256 de 1996.

7. Motivación del acto sancionatorio

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

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

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

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

El Decreto 2153 de 1992 señala expresamente los límites máximos bajo los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio puede imponer las sanciones en caso de que se violen las normas de protección a la competencia, dejando al mismo tiempo en libertad al Despacho de establecer la sanción que considere pertinente en cada caso particular. De acuerdo con el número 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, concordante con el artículo 143 de la ley 446 de 1998, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Teniendo en cuenta que se sancionará al investigado por la incursión en una conducta, que por la gran similitud en cuanto a la presentación de los productos en el mercado y al contenido conceptual del conjunto representado en la garra, es evidente la culpabilidad del señor Calderón Zuleta de atraer consumidores de sus productos, prevaliéndose de la imagen prestigiosa de la marca LEVI'S, y que no existe información sobre la situación financiera del mismo, el Despacho fija la sanción en veinticinco millones de pesos (\$25'000.000,00).

SEXTA. De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del artículo 4 del mismo texto, se escuchó al consejo asesor.

RESUELVE**ARTÍCULO PRIMERO. Facultades administrativas**

- 1 Reconocer a la sociedad Comercializadora de Confecciones y Textiles CCTEX S.A. como coadyuvante de la sociedad Levi Strauss & Co.
- 2 La Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de sus facultades administrativas, declara que con las conductas objeto de investigación, el señor Jader Alberto Zuleta Calderón, infringió el artículo 15 de la Ley 256 de 1996.
- 3 En consecuencia, se le impone una multa igual a Veinticinco Millones de Pesos (\$25'000.000,00).

PARÁGRAFO 1: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarla el sancionado, en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta 050-00024-9 código rentístico 5005, y en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, se podrá hacer la consignación en el Banco Agrario, cuenta 070-0200010-8, a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes, y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la resolución.

PARÁGRAFO 2: 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 doctor Iván José Romero Arévalo, apoderado del denunciado en la presente investigación, y al doctor Gustavo Adolfo Palacio Correa, apoderado del denunciante, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma procede el recurso de reposición interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

ARTÍCULO SEGUNDO. Facultades jurisdiccionales

- 1 Reconocer a la sociedad Comercializadora de Confecciones y Textiles CCTEX S.A. como coadyuvante de la sociedad Levi Strauss & Co.
- 2 La Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de sus facultades jurisdiccionales, declara que con las conductas objeto de investigación, el señor Jader Alberto Zuleta Calderón, infringió el artículo 15 de la Ley 256 de 1996.

PARÁGRAFO 1: Ordenar a Jader Alberto Zuleta Calderón la terminación definitiva de la conducta objeto de la presente resolución, consistente en la producción y comercialización de jeans C P Company, utilizando diseños y signos distintivos similares a los empleados por las sociedades Levi Strauss & Co. y Comercializadora de Confecciones y Textiles CCTEX S.A., retirando de la garra todos los elementos que resulten similares al concepto del conjunto marcario de los jeans Levi's, tales como la imagen de los jinetes y los cuadrúpedos halando el pantalón, las cintas e inscripciones que circundan la escena, la expresión 501 y la distribución de la información sobre la referencia del producto y el tallaje. Igualmente, deberá cambiarse la distribución de los elementos y color de la etiqueta de referencia de talla y código de barras, además del diseño de los arcos cosidos a los bolsillos traseros de los jeans. El infractor deberá abstenerse en el futuro de repetir la conducta o de realizar actos equivalentes.

PARÁGRAFO 2: El señor Jader Alberto Zuleta Calderón deberá acreditar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia el cumplimiento de esta orden, allegando al expediente los nuevos diseños del producto y de los signos distintivos con los que comercializará sus jeans y con una

declaración juramentada sobre el retiro del comercio de todos los productos que fueron puestos en el mercado ocasionando confusión con los producidos o comercializados por las sociedades Levi Strauss & Co. y Comercializadora de Confecciones y Textiles CCTEX S.A.

PARÁGRAFO 3: 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 doctor Iván José Romero Arévalo, apoderado del denunciado en la presente investigación, y al doctor Gustavo Adolfo Palacio Correa, apoderado del denunciante, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma procede los siguientes recursos:

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

b) 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.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D.C., a **28** MAR. 2003

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificaciones:

Doctor

IVÁN JOSÉ ROMERO ARÉVALO

C.C. No. 17.018.315

Apoderado

JADER ALBERTO ZULETA CALDERÓN

Carrera No. 17-01, oficina 421 - 422

Bogotá, D.C.

Doctor

GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA

C.C. No. 10.135.259

Apoderado

LEVI STRAUSS & CO. y

COMERCIALIZADORA DE CONFECCIONES Y TEXTILES CCTEX S.A.

Carrera 11 No. 84-42, interior 9

Fax 5 30 09 58

Bogotá, D.C.