



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 11519 DE 2002
(22 ABR. 2002)

Por la cual se resuelve un recurso

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas en el número 24 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 50 del código contencioso administrativo y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La Superintendencia de Industria y Comercio profirió la resolución número 00045 de 2002, mediante la cual se declaró que el comportamiento objeto de investigación realizado por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A.-ESP-ETB, no contraviene lo dispuesto en los artículos 8 y 10 de la ley 256 de 1996 y en consecuencia termina la investigación y ordena su archivo.

SEGUNDO: Mediante escrito radicado bajo el número 99051172, el señor Leonardo Berrocal Ardila, obrando como apoderado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones-TELECOM, interpuso recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, a fin de que se revoque el acto administrativo contenido en la resolución No. 00045 de enero 14 de 2002, en el sentido que se modifique el mismo, declarando que ETB desplegó actos constitutivos de competencia desleal con la promoción del mensaje publicitario en cuestión, configurando con tal conducta actos de engaño y de desviación de clientela y en consecuencia se apliquen las sanciones correspondientes, y se condene al reconocimiento y pago de los perjuicios causados a TELECOM. Así mismo el señor Jorge Jaeckel, actuando como apoderado de la demandada Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A.- E.S.P.-E.T.B, envió a esta Superintendencia un escrito el día 4 de abril de 2002 en el que solicita que se declare infundado el recurso de reposición presentado por TELECOM en contra de la Resolución 0045 de 2002, se confirme la Resolución 0045 de 2002 y se ordene el archivo del proceso.

TERCERO: Para proceder a resolver el recurso se hará un recuento de las argumentaciones del recurrente.

"1. LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DEL DENUNCIADO Y LA INFRACCIÓN A LA LEY 256 DE 1996.

1.1. Las conductas demandadas cumplen con las condiciones de procedibilidad para que puedan ser consideradas como de competencia desleal

Para que una conducta pueda ser sancionada como de competencia desleal, debe reunir los siguientes requisitos de procedibilidad de la acción.

1.1.1. Ambito objetivo de aplicación

De conformidad con el artículo 2 de la ley 256 de 1996, para que una conducta sea considerada como desleal debe haber sido realizada en el mercado y tener fines concurrenciales.

Por la cual se resuelve un recurso

En el caso en cuestión, es claro que la conducta desplegada por ETB se realizó en el mercado, pues utilizando el lema comercial "Alo Mamá" imitando al de TELECOM, estuvo presente en los avisos publicitarios y en la tarjeta de descuento que se extendió a los clientes del Banco de Colombia y usuarios de los servicios de TPBC, lo cual origina la deslealtad.

En segundo término, la utilización del lema comercial que identifica a TELECOM y el ofrecimiento de servicios de TPBCLD, es un acto que refleja una finalidad concurrencial por parte de la ETB., dado que con dicha conducta pretende atraer o disputar una clientela y mantener o incrementar la participación el mercado de sus servicios.

En conclusión, la utilización del lema comercial de TELECOM y la prestación o venta de servicios, son actos que se realizan en el mercado por parte de la ETB, y comportan una finalidad concurrencial.

1.1.2 Ambito Subjetivo de Aplicación (art. 3 de la ley 256 de 1996)

Si bien la ley no exige que las parte sean comerciantes, en el presente caso se cumple el requisito de que ambos son comerciantes, y la conducta realiza (sic) por el denunciado es constitutiva de competencia desleal, máxime cuando se ha demostrado en este proceso la directa relación de competencia entre el sujeto activo y el pasivo.

1.2 la utilización del lema comercial que identifica en el mercado a Telecom. Infringe el artículo 10 de la ley 256 de 1996

De acuerdo al artículo 10 de la ley 256 de 1996, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos.

Con el objeto de establecer la adecuación normativa de la conducta del denunciado, se hace necesario establecer los elementos que integran la disposición:

1.2.1. Conducta que tenga por objeto o efecto crear confusión.

La confusión es un concepto tan amplio que la ley no lo ha definido expresamente, por lo tanto hay que acudir al sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Por lo tanto la confusión podría definirse como un juicio equivocado que la persona tiene sobre un hecho o una percepción ajena a la realidad sobre una situación particular.

Del texto literal de la norma se observa que el despliegue de la conducta tendiente a la sola intención de crear la confusión es condición suficiente para que se configure como desleal, sin que sea necesario la materialización de la conducta para que opere el presupuesto normativo.

La intención de la norma es proteger al consumidor, en aras de que no se forme un juicio errado o una idea falsa sobre la actividad, la prestación o el establecimiento que prefiere. Quien incurre en actos de confusión busca que el consumidor cree una identidad entre sus productos y otros que son exitosos en el mercado.

Del acervo probatorio se desprende sin lugar a dudas que con la conducta realizada el investigado crea confusión en los usuarios del servicio, según se puede constatar de los planteamientos que en adelante se esbozan.

Como ya quedó demostrado en el expediente, y así lo reconoce la SIC en su informe motivado, TELECOM utilizó la frase "Alo Mamá" en sus campañas publicitarias en el año de 1999,

Por la cual se resuelve un recurso

y particularmente para el mes de mayo de ese año. También es claro que la tarjeta motivo de la presente investigación comporta en una de sus caras la frase "Alo ¿Mamá?", teniendo de por medio la figura del auricular de un teléfono.

Si bien es cierto que la denuncia de TELECOM se presentó soportada fácticamente en la aludida tarjeta, no por ello podemos desconocer el valor probatorio que le asiste a la misma. Con independencia de que la tarjeta haya sido una parte de la campaña publicidad, TELECOM no descontextualizó deliberadamente la publicidad, omitiéndole una información relevante a la SIC para la evaluación del caso, simplemente se preocupó por hacer énfasis en la tarjeta que utiliza el mismo lema comercial de Telecom., para demostrar la deslealtad de la conducta.

No podemos estar de acuerdo con la aseveración infundada que hace el ente investigador cuando señala que el actor aisló en forma arbitraria una frase, sacándola del contexto en que fue recibida por el consumidor, y la sustrajo del mensaje dentro del cual formaba parte.

Al efecto, bien es sabido que una campaña publicitaria conlleva la utilización repetida de uno o varios medios de comunicación, con el objeto de divulgar al público actividades, ya sea creando conciencia sociales o personales, o anunciando bienes y servicios ofrecidos al público. La ETB para promocionar su campaña, usó un aviso publicitario en el cual estaba inserto el lema comercial en cuestión, y un diseño de una tarjeta, que no obstante la quieren hacer ver como parte del aviso, en la forma como fue presentada y comercializada posteriormente adquiere una entidad propia como anuncio dentro de la respectiva campaña, completamente diferente del aviso y que configura la conducta que aquí se investiga.

La tarjeta de descuento (no el diseño de la misma dentro del aviso publicitario) se distribuyó en forma independiente del aviso publicitario, entre potenciales usuarios del servicio de TPBC, calidad que coexiste con la de cliente de una corporación financiera, es decir, no es excluyente el detentar la condición de usuario de TPBC y la de cliente de Bancolombia. Luego, bajo el esquema de los servicios de telecomunicaciones, el público a quien estaba dirigida la citada tarjeta de descuento es un usuario de esos servicios.

Siendo ello así, existe una clara independencia entre el aviso publicitario y la tarjeta real de la tarjeta al usuario, razón por lo cual Telecom. Se centró en precisar cual era el mensaje publicitario contenido en el anverso de la misma, pues la tarjeta distribuida adquirió autonomía e independencia del aviso publicitario antes mencionado. Así las cosas, tanto el aviso publicitario como la tarjeta forman parte de la campaña publicitaria de la ETB.

Ahora bien, el aviso publicitario de la ETB, efectivamente comporta unos elementos que difieren abiertamente de los insertos en la tarjeta. Dicho aviso si contiene la promoción, el servicio, los anunciantes, y un lema comercial similar al que utiliza TELECOM, sin embargo en el anverso de la tarjeta sólo se menciona por el anverso la frase "Alo Mamá" superpuesta sobre un auricular, y en esa forma se presentó a todos los usuarios de TPBC. No pretendemos que en la tarjeta, dadas las limitaciones de contenido se establezca todos los componentes de una campaña publicitaria, pero si constituye, a nuestro juicio, un indicio de la forma en que la ETB quería crear confusión en el consumidor, el que sólo se haya presentado el lema que utiliza Telecom, asociado únicamente a la prestación de un servicio que es común a las partes interesadas.

También es procedente disentir de la interpretación realizada por la SIC, según la cual TELECOM, en otras ocasiones, a través de memoriales dirigidos a ese ente ha defendido la interpretación conjunta de un texto, pues en esas oportunidades TELECOM defendió esa posición basado en situaciones o hechos que en nada se asemejan al que aquí se investiga. Es decir el contexto en que se enmarco esa posición difiere del que aquí se presenta, y por ello no puede ser traído a colación como argumento dentro de esta investigación.

Por la cual se resuelve un recurso

El denunciado si quería mostrar una promoción que beneficiara al usuario sin crear confusión en el mismo acerca de quien presta el servicio, no necesitaba reproducir como único texto del anverso de la tarjeta el lema que utiliza un competidor en el mercado, sino por el contrario presentar elementos diferenciadores que permitieran al usuario identificar quien estaba ofreciendo la promoción, y por ende si accedía a hacer uso de la misma. Con ello, no queremos en forma alguna señalarle como debe actuar en materia publicitaria un competidor, sino por el contrario, cuales son las normas que han de ser observadas en materia publicitaria, y a las cuales debe adecuarse la conducta.

Existen a la luz de la abundante doctrina razones de peso para respaldar lo anterior, para lo cual se considera suficiente con citar lo expuesto por el tratadista Miguel Carpio¹ sobre este tópico:

"En una etapa de madurez del mercado, si bien la diferenciación del producto es un factor de suma relevancia, la publicidad se maneja con prudencia, ya que debido a la exposición acumulada de los distintos anuncios, se llega a un punto de saturación, con lo que las ventas serán menos sensibles a la publicidad orientada al conocimiento, mientras que la publicidad orientada hacia los precios adquiere importancia (Guiltinan & Gordon, 1994).

"Tal y como ha sido sostenido por la escuela de economía de la universidad de Harvard, a diferencia del modelo de competencia perfecta, en los mercados del mundo real los productos están diferenciados, ello hace necesario que los productores resalten las diferencias de sus productos en relación con los de la competencia. Allí la publicidad, también juega un papel importante, bien sea para informar a los consumidores acerca de las características de un bien en particular que lo distinguen de los demás, o para crear una imagen de tal forma que los consumidores perciban al producto como distinto, incluso como "único", aún cuando éste sea igual al de los demás oferentes.

"De la importancia de la publicidad dentro de la dinámica de mercado, se desprenden las razones por las que una agencia de competencia debe regular aquellos aspectos relacionados con la publicidad engañosa, entiendo ésta como aquel tipo de publicidad que puede inducir a sus destinatarios a tomar decisiones económicas erróneas. En otras palabras los mensajes publicitarios engañosos distorsionan el comportamiento de los agentes, ya que instan a éstos a tomar decisiones y a realizar acciones que no se llevarían a cabo si todos los oferentes del mercado utilizaran estrategias leales. En cuanto a la publicidad falsa es aquella que se basa en declaraciones falsa para llamar la atención del consumidor. Tanto la publicidad falsa como la engañosa, convergen en un punto: La confusión del consumidor y la posibilidad de afectar las actividades de aquellas empresas que compitan en formal leal".

No obstante que las anteriores consideraciones son suficientes para demostrar los actos de confusión en que incurrió con su conducta la ETB, es necesario precisar los elementos usados en las campañas publicitarias de TELECOM.

El esquema comercial "Alo Mamá" de TELECOM, presenta unos elementos que la diferencian con otras campañas de competidores en el mercado del servicio telefónico de larga distancia nacional e internacional en Colombia. Al efecto, como quedó plenamente probado dentro del líbello, los avisos publicitarios gráficos de TELECOM contienen la promoción, el servicio, los anunciantes, un lema comercial o slogan y la presencia de una hormiga.

Para la ejecución de cualquier mensaje publicitarios, éstos se puede presentar en diferentes *estilos de ejecución*, tales como fragmentos de la vida diaria, estilo de vida, musical, símbolo de personalidad, evidencia científica. En la campaña de TELECOM se escogió el del símbolo de personalidad, creando un personaje que representa al producto, la hormiga.

¹ "La competencia Desleal y sus Efectos sobre la dinámica del Mercado." Miguel Carpio. Pro-Competencia-Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. www.procompetencia.gov.ve

Por la cual se resuelve un recurso

Sin embargo, dentro de la creación del mensaje publicitario hay otro componente que juega un factor determinante y que por lo tanto, constituye factor complementario de la publicidad, que es el anuncio de palabras memorables y que atraigan la atención. Así como lo señala el apoderado de la parte denunciada al citar la doctrina, un slogan son frases repetidas frecuentemente que proveen de continuidad a una campaña. Pues bien, en la campaña de TELECOM se ha utilizado reiteradamente el slogan "Alo Mama" para identificar al operador que presta el servicio de larga distancia.

Por lo tanto, así se haya utilizado en varias ocasiones dentro de la campaña de TELECOM a la hormiga pronunciando el slogan "Alo Mamá", no por ello podemos concluir que constituyen un mismo elemento dentro de la publicidad como lo pretende hacer ver el denunciado, y que por lo tanto mantiene un vínculo indisoluble, pues como se demuestra, son dos elementos diferentes y complementarios de cualquier publicidad, que tienen entidad y características propias para ser utilizados en forma independiente, y que por ende cada uno de ellos identifican por separado al proveedor del servicio.

El apoderado de la parte denunciada al analizar la campaña de la actora en su escrito a folio 16, descontextualiza por completo tales avisos, cuando presenta en forma gráfica un aviso con el slogan "Alo mamá" sin la hormiga y con el 80% del mismo en blanco. Como quedó demostrado en acápite anterior, toda publicidad consta del servicio, los anunciantes, un lema comercial y un eventual personaje, pues bien, en la presentación gráfica del demandante sólo se presenta el slogan y el anunciante, pero omite deliberadamente dos elementos integrantes y fundamentales, que son la representación al público de la prestación del servicio a través de un auricular y un personaje de la campaña. Al no incorporarse todos los elementos publicitarios, no se puede tomar como marco de referencia ese ejemplo para describir una situación que en la realidad no se va a presentar, por cuanto ninguna publicidad puede ser presentada o dirigida al público en general sin alguno de sus elementos integrantes, pues no alcanzaría el efecto deseado por el productor o prestador del servicio.

Habiendo demostrado plenamente, que el slogan dentro de un aviso es un elemento diferente de estilo de ejecución (símbolo de personalidad, es decir, personaje que se utilice para representar el producto), es pertinente ahora, hacer un estudio detallado de la etapa probatoria surtida en este proceso frente a las previsiones de las normas legales.

La conducta endilgada efectivamente está destinada a crear confusión o equivocación entre el público en general, pues la utilización de un slogan utilizado en forma frecuente y reiterada por un competidor crea una recordación en el usuario, de tal suerte que lo identifica con un determinado productor o prestador del servicio, y que al ser utilizado por otro competidor el destinatario entiende que utilizaba los servicios de aquel.

Lo anterior tiene pleno respaldo probatorio, pues, el denunciado utilizó el lema comercial que identifica a TELECOM, demostrándose en la denuncia que hacen parte de las pruebas allegadas, con el aporte del original de la tarjeta de descuentos de la ETB, hecho que fue expresamente corroborado por la SIC en su informe motivado.

Es dable reiterar que la norma prohíbe el despliegue de la conducta tendiente a la sola intención de crear la confusión, lo cual es condición suficiente para que se configure como desleal, sin que sea necesario que se pruebe mediante el testimonio de un usuario la confusión, ya que en ese evento estaríamos probando la conducta por efecto y no por objeto, condición suficiente para que opere el presupuesto normativo.

De acuerdo con el artículo 10 de la ley 252 de 1996, se entiende por objeto la potencialidad del daño de la conducta investigada independientemente del querer del agente de la misma. La utilización del slogan que identifica a otro competidor, es por sí solo un hecho que atenta contra el principio

Por la cual se resuelve un recurso

de la buena fe comercial y que tiene por objeto crear confusión en cuanto a la prestación mercantil. Es por ello, que la realización de la conducta en cuestión, configura por sí mismo el presupuesto normativo, ya que conlleva la potencialidad requerida, y que por lo tanto no es necesario demostrar por medio de los usuarios que la conducta se materializó, pues lo que se está endilgando es el primer presupuesto de la norma, que hace referencia simplemente a que la conducta tenga la intención de crear la confusión. No se requiere entonces probar que al menos una persona se confundió por el hecho de la utilización de un slogan comercial similar al de Telecom, sino la mera potencialidad, como se probó el caso de marras.

El supuesto de la norma se configuró entonces, en el momento en que la ETB creó confusión en los usuarios al hacerles creer errónea y equivocadamente que se estaba distribuyendo una tarjeta de descuento de TELECOM, sin que sea necesario entonces que se demuestre un hecho posterior, esto es que al haber utilizado la tarjeta se hubiese comunicado a través del 07 ó 007.

De otra parte, si bien es cierto que los vocablos "Alo" y "Mamá" son consideradas como palabras genéricas no susceptibles de apropiación, y en consecuencia no registrables, esto no constituye motivo suficiente para que se determine que no se incurrió en actos de competencia desleal.

TELECOM no desconoce que los avisos publicitarios que utiliza contienen la expresión de palabras genéricas no susceptibles de apropiación, pero sí considera que la utilización de un slogan con los vocablos "Alo Mamá" es un signo distintivo en el mercado de que es él quien está prestando el servicio. La utilización de las mismas frases genéricas por otro competidor en forma directa en el anverso de las aludidas tarjetas, que conforman un aviso publicitario diferente a cualquier otro aviso, pretenden crear una confusión en el usuario sobre el prestatario del servicio, escudándose bajo el pretexto, en este caso, de que la promoción fue lanzada para el día de las madres.

Así por ejemplo, es reconocido como un hecho notorio el que Coca-Cola utilizaba el slogan "la chispa de la vida", que es vocablo compuesto por frases genéricas de los cuales no se puede apropiar ni posiblemente registrar como marca, sin embargo la utilización por parte de Pepsi dentro de su campaña publicitaria de la misma frase a sí sea de manera semioculta, sería suficiente para que se pudiera configurar la conducta como desleal por inducir a una confusión al consumidor.

Ahora bien, que las frases o contenidos de las campañas publicitarias no puedan ser registradas en algunos casos, no constituye razón suficiente para que una conducta de un competidor que utilice notoriamente elementos de esa campaña no sea considerada como desleal, pues la regulación no contiene tal disposición, y por el contrario hay que acudir a los principios legales tales como el de la buena fe comercial, para poder determinar el alcance de la conducta.

El slogan compuesto por las palabras "Alo Mamá", durante muchos años ha identificado a TELECOM, se encuentra posicionado en el mercado, y tiene un alto grado de recordación en el público. De allí que, la empresa ETB., con la utilización del mismo, buscó como efecto generar un grado de confusión tal, que el consumidor es persuadido al uso de sus servicios con el convencimiento de que utiliza los servicios de Telecom y no de otro operador. Es por esto que, se creó un efecto desorientador en el consumidor, usuario, cliente o en cualquier participante del mercado de TPBC.

En suma, tal y como queda demostrado, la mera confusión creada por la denunciada con la conducta en cuestión es suficiente para determinar la configuración de la conducta desleal por actos de confusión, pues tuvo a la luz de la publicidad y de las normas de competencia desleal la potencialidad de afectar la actividad de una empresa como TELECOM que compete en el mercado en forma leal, y que presta servicios de TPBCL y TPBCLD en el país.

Por la cual se resuelve un recurso

1.2.2 Recaer el acto de confusión sobre una actividad ajena, prestaciones mercantiles ajenas o establecimientos ajenos

De la preceptiva normativa se desprende que no es necesario que concurren los tres aspectos para que se configure la confusión, es suficiente que se presente alguno para que opere el presupuesto normativo.

La confusión recae sobre las prestaciones mercantiles ajenas, pues hay identidad entre la prestación de servicios de la ETB y TELECOM, que es un hecho comprobado que se desprende del certificado de cámara de comercio de existencia y de representación legal de la ETB, y de las leyes que determinan la naturaleza de los servicios que presta Telecom.

La autorización a TELECOM para la prestación de los servicios de TPBC, es en virtud de una atribución legal, la cual obliga después de su promulgación, y que es un hecho notorio que no requiere de prueba alguna, ni aún para hacerla valer dentro de un proceso judicial, para el caso de prestación del servicio de larga distancia, en Colombia puede ser prestado por cualquiera de los operadores habilitados, tres actualmente (TELECOM, ORBITEL y ETB), quienes cuentan con título facultativo concedido por el Ministerio de Comunicaciones o por el Ministerio de la ley como es el caso de Telecom, conforme a lo señalado por el Decreto 2542 de 1997.

En el caso sub-judice encontramos que existe identidad plena en la prestación del servicio. Tras la utilización de un slogan similar al de TELECOM, por parte de la ETB en una tarjeta de descuento, bien podrían los consumidores creer que al tratarse de prestaciones idénticas, se trata del mismo slogan y que por lo tanto el servicio lo presta TELECOM o que se trata de una promoción avalada por dicha entidad. El riesgo de que esa "impresión" apareciera en el consumidor o usuario estuvo latente.

Realizadas las anteriores consideraciones, viendo los hechos presentados y apreciados los mismos con fundamento en criterios como la identidad en la naturaleza de las prestaciones, la similitud entre el slogan de TELECOM y las frase utilizadas por la ETB en la precitada tarjeta, la "impresión" que en conjunto generaba el hecho de utilizar el mismo slogan de TELECOM, situándonos en la posición de un usuario o consumidor, y no existiendo prueba que desvirtuara que dicho slogan comercial no se hubiese utilizado, está fehacientemente demostrado que la ETB incurrió en actos de confusión.

En suma, tal y como queda demostrado, la mera confusión creada con la utilización por la denunciada del mismo slogan comercial es suficiente para concluir la configuración de conducta desleal por confusión, pues el slogan de TELECOM además de identificar la empresa que ofrece los productos y servicios, es un hecho notorio para los usuario, dado que presta sus servicio desde hace medio siglo, tiene presencia en todo el territorio nacional, y que se ha constituido igualmente en los últimos tres años en símbolo de calidad, idoneidad y prestigio.

1.3 La utilización del lema comercial que identifica en el mercado a Telecom. Infringe el artículo 8 de la ley 256 de 1996.

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

Con el objeto de establecer la adecuación normativa de la conducta del denunciado, se hace necesario establecer los elementos que integran la disposición:

Por la cual se resuelve un recurso

1.3.2 Conducta que tenga por objeto o efecto desviar la clientela

Del texto literal de la norma se observa que el despliegue de la conducta tendiente a la sola intención (objeto) de desviar la clientela es condición suficiente para que se configure como desleal, para que opere el presupuesto normativo. Bajo ese entendido en el objeto está solo la potencialidad de generar daño, por la conducta desplegada por el agente económico, sin requerir un resultado de lo pretendido.

La norma sanciona la conducta cuanto tenga por objeto desviar la clientela, lo cual se pasa a demostrar frente a los comentados actos perpetrados por la ETB.

El despacho reconoce como probado que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, utilizó el lema "Alo Mamá" en sus campañas publicitarias en el año de 1999, y particularmente de la presencia del lema en el mes de mayo de ese año.

Asimismo, frente a la conducta cometida por la denunciada, se da como probado por el despacho que en el mes de mayo de 1999, la ETB, emitió una campaña publicitaria con el siguiente mensaje "ESTA LLAMADA DARA MUCHO QUE HABLAR... Especialmente a las madres. BANCOLOMBIA y 007 MUNDO en el mes de las madres tiene esta excelente sorpresa para todos", información que incluía una tarjeta que tenía escrita la frase "Alo...¿Mamá? y por la cara posterior, el contenido de la promoción que eran determinados minutos gratis bajo el sistema de "raspe y gane".

La ley permite la posibilidad de atraer clientela, y ese es el motivo de la publicidad y promociones, pero bajo unos supuestos que deben ser observados. Sobre este tópico ha señalado el tratadista Luis Gabriel Botero² que: "La desviación de la clientela, como tal, puede ser una actividad que pretende la publicidad. La adquisición de nuevos clientes es uno de los objetivos de las campañas publicitarias. Por lo general, esto implica la desviación de la clientela de los competidores. Esta no es la conducta prohibida. Lo que prohíbe la norma legal, es utilizar sistemas que no son los dictados por la sana costumbre mercantil y usos honestos para obtener la desviación de la clientela. En caso de incurrir en esas conductas, se incurre en la sanción. Es necesario considerar entonces que la publicidad, sólo a través de la persuasión y no de ningún otro mecanismo, debe procurar la desviación de la clientela". (Subrayas fuera de texto)

En este sentido, está claro, entonces, que la desviación de la clientela a través de la publicidad se debe perpetrar a través de elementos persuasivos, y no acudiendo a otros, como utilización de lemas comerciales de los competidores que ya se encuentran posicionados en el mercado, y que al ser objeto de recordación por el usuario lo identifica con un determinado prestatario de servicios de productor.

De otra parte, y bajo el entendido anterior, no podemos dejar de registrar nuestro enfático rechazo al argumento esgrimido por el ente investigador de que como las estadísticas demuestran una clara tendencia a mantener en igualdad de porcentaje el mercado de Larga Distancia Nacional e Internacional en el año de 1999, no se encuentra probado que ese acto es contrario a las sanas costumbres o a los usos honestos en materia industrial o comercial y que la finalidad de la ETB no era la de desviar la clientela.

Sobre este último aspecto, es necesario reiterarle la despacho que las estadísticas mencionadas, serian de recibo para desestimar el presupuesto de la norma objeto, es decir, en el evento de que se quisiera demostrar que efectivamente se atrapó clientela ajena y en consecuencia se afectó el tráfico del servicio. Pero como se ha mencionado en acápite anterior, la conducta de ETB cumple con el

² Legislación y Derecho Publicitario, Luis Gabriel Botero R. Bogotá, Ed. El Navegante, 1 ed. 1998

Por la cual se resuelve un recurso

supuesto normativo de tener el efecto de desviar la clientela, lo cual se ha demostrado en este recurso, y que constituye motivo suficiente para que se de la respectiva tipificación de la conducta.

Por otra parte, respecto del supuesto montaje realizado por TELECOM, enunciado por el apoderado de la parte denunciada, la SIC en el informe motivado, fue enfática en señalar, previo análisis de los argumentos esgrimidos por la apoderada del denunciante mediante oficio radicado con el número 99051172-21 de noviembre 24 de 1999, que "...este Despacho puede inferir que no se encuentra probado el supuesto montaje de la prueba por parte de la actora, por cuanto ello de ninguna manera desvirtúa o prueba de fondo el evento en discusión, la competencia desleal por presunta infracción de los artículos 8 y 10 de la ley 256 de 1996."

En conclusión, la mera intención de desviar la clientela realizada por la denunciada con la conducta en cuestión, es suficiente para determinar la configuración de la conducta desleal por actos de desviación de la clientela, pues tuvo a la luz de la publicidad y de las normas de competencia desleal la potencialidad de afectar la actividad de una empresa como TELECOM que compite en el mercado en forma leal, y que presta servicios de larga distancia en el país.

1.3.3 Conducta contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

El lema comercial de una empresa es un signo distintivo, y si tenemos en cuenta que los mismos pueden definirse como aquellos elementos aprensibles por los sentidos que sirven para identificar a los productos y servicios que se ofrecen al público, como por ejemplo combinaciones de colores, sonidos o cualquier signo que pueda ser representado gráficamente, de acuerdo con ese concepto, se tiene por consiguiente que la función de los mismos, es distinguir o diferenciar.

Luego, una publicidad que no conlleve elementos distintivos de los competidores, y que por el contrario imite un lema comercial de un competidor es un acto contrario a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

Los elementos utilizados en un aviso publicitarios envían una serie de señales al consumidor, que hacen resaltar al prestador de un servicio de otros presentes en el mercado. Si un competidor imita el slogan que identifica a otro producto, podría confundir al consumidor al distorsionar las señales que éste usualmente percibe. En otras palabras esto alterará el proceso de aprendizaje del consumidor.

Con la imitación de un lema comercial de un competidor a través de una publicidad, el denunciado buscaba desviar la clientela del competidor denunciante, teniendo en cuenta que la publicidad comporta un fin concurrencial, que es el de atraer consumidores, con el fin ulterior de incrementar sus ventas.

Así, la mera imitación del lema comercial de TELECOM, presupone entonces la desviación de clientela, dado que esa es la finalidad buscada, y es presupuesto suficiente para la adecuación normativa de la conducta, sin que sea necesario entrar a demostrar mediante factores tales como presupuestos de la campañas publicitarias, aumento de tráfico ocasionado en virtud de la publicidad, ya que esos son elementos determinantes para la cuantificación de un eventual perjuicio y, se repite, no para la tipificación de la conducta.

En el mismo sentido se ha expresado el doctrinante Miguel Carpio³, al señalar que:

³ La Competencia Desleal y sus Efectos sobre la dinámica del Mercado." Miguel Carpio. Pro-Competencia-Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. www.procompetencia.gov.ve

Por la cual se resuelve un recurso

"Además de su valor como medio de información o fuente de señales, desde el punto de vista de la empresa la publicidad cumple importantes funciones, siendo la más resaltante en su utilidad como herramienta de competencia. La publicidad es realizada por las empresas con fines concurrenciales, es decir, con el objeto de atraer a los consumidores, ello con la finalidad última de incrementar sus ventas."

Por otro lado, al adquirir la precitada tarjeta entidad propia como publicidad de la ETB, en ella hubo escasez de información, por cuanto al serle presentada al usuario está contenida en el anverso sólo la frase "Alo Mamá", que al aprehenderlo no asociaba directamente con TELECOM, que es el operador que usa habitualmente ese lema comercial. La información complementaria de la publicidad estaba contenida en el respaldo de dicha tarjeta, con lo cual a nuestro juicio, no se presentaba una publicidad con un elemento fundamental que demanda las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial, el de la diferenciación plena del prestador del servicio.

A pesar de que la promoción iba dirigida a quienes la entidad bancaria Bancolombia, se las hacía llegar, no por eso podemos perder de vista que los mismos eran potenciales usuarios, de los servicios de TPBC, frente al cual son competidores la ETB y TELECOM y por lo tanto ellos podían acceder a uno u otro operador para solicitar la prestación del servicio. El mercado relevante en este caso es el de TPBC, así se haya dirigido la publicidad a un sector específico de ese mercado, y es la intención de dirigirse a ese mercado lo que determina la potencialidad de la conducta.

Asimismo, se observa que la finalidad de las campañas de las partes comportan el mismo propósito, atraer clientes. La diferencia entre ellas podría entonces radicar en la forma de presentación al público de las mismas. Sin embargo en las que aquí se confrontan no existe tal diferenciación.

La expedición de la tarjeta con la frase "Alo Mamá" como único contenido del anverso, no puede en modo alguno implicar que se está presentado una promoción al público, por el contrario, al utilizar esa frase sola, el usuario lo único que puede asociar es que tal lema es utilizado por TELECOM, y por ende es una tarjeta que la identifica con esa Empresa.

Dicha expresión no buscaba generar una relación entre la promoción implementada por el 007 MUNDO y el día de las madres, pues solamente en el reverso de la tarjeta se hace alusión al anunciante. En la forma en que esto fue presentado a un usuario normal, quien observa a primera vista el slogan, y lo aprehende, no puede significar la relación que pretende demostrarse, a contrario sensu, asocia la frase con el competidor que la utiliza como su slogan. Una promoción debe ser lo suficientemente clara para el destinatario, y no ponerle trabas como tener que observar en el reverso de la misma sus especificaciones genéricas, ya que desvirtuaría el sentido de la publicidad de impactar en el usuario con su presentación inicial.

Es necesario reiterar en este punto lo expuesto en acápite anterior, respecto de que la ley permite la posibilidad de atraer clientela, y ese es el motivo de la publicidad y promociones, pero bajo unos supuestos que deben ser observados. Sobre este tópico ha señalado el tratadista Luis Gabriel Botero⁴ que: "La desviación de la clientela, como tal, puede ser una actividad que pretende la publicidad. La adquisición de nuevos clientes es uno de los objetivos de las campañas publicitarias.

Por lo general, esto implica la desviación de la clientela de los competidores. Esta no es la conducta prohibida. Lo que prohíbe la norma legal, es utilizar sistemas que no son los dictados por la sana costumbre mercantil y los usos honestos para obtener la desviación de la clientela. En caso de incurrir en esas conductas, se incurre en la sanción. Es necesario considerar entonces que la

⁴ Legislación y Derecho Publicitario. Luis Gabriel Botero R. Bogotá, Ed. El Navegante, 1 ed. 1998.

Por la cual se resuelve un recurso

publicidad, sólo a través de la persuasión y no de ningún otro mecanismo debe procurar la desviación de la clientela." (Subrayas fuera de texto)

Bajo ese esquema, ambas campañas utilizaron un lema comercial de amplia recordación en el público para atraer clientela, con la diferencia de que una empresa lo creó y posicionó en el mercado y la otra valiéndose de contrarias a la sana costumbre y los usos mercantiles ello, lo imitó con el propósito de atraer clientela en forma indebida. "

CUARTO: De acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del código contencioso administrativo, la decisión de un recurso resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del mismo, aunque no lo hayan sido antes:

4.1 LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DEL DENUNCIADO Y LA INFRACCIÓN A LA LEY 256 DE 1996

4.1.1. Las conductas demandadas cumplen con las condiciones de procedibilidad para que puedan ser consideradas como de competencia desleal.

Para que una conducta pueda ser sancionada como de competencia desleal, debe reunir los siguientes requisitos de procedibilidad de la acción.

4.1.1.1 Ambito objetivo de aplicación

El artículo 2 de la Ley 256 de 1996 señala que : " Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado con fines concurrenciales.

La finalidad concurrencial del acto se presume cuando este, 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 "

Para el caso que se examina, según lo probado en el proceso, la conducta desplegada por ETB se realizó en el mercado, teniendo en cuenta que tanto ETB como TELECOM son partícipes del mercado de telefonía de larga distancia nacional e internacional, pero este despacho no encontró probada a lo largo de la investigación la finalidad concurrencial del acto, la cual se presume cuando "ésta se revela objetivamente idónea, para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero", pues como bien se indicó en la resolución que se recurre, la sola inclusión de la frase "alo máma" dentro de una tarjeta promocional, que hace parte de un aviso publicitario utilizado por ETB, en el que se identifica plenamente con colores, con tipos de letra y otras distinciones de los avisos publicitarios utilizados por TELECOM para promocionar sus servicios en el mes de las madres, a usuarios del Banco de Colombia, no constituye un acto de competencia desleal.

Es así como, este despacho en su labor de investigación tuvo en cuenta el comportamiento del mercado, pues el aviso publicitario iba dirigido a un consumidor particular (los clientes del Banco de Colombia), lo cual como bien se expresa en la resolución 0045 del 2002 que se recurre en el folio 25: "Esta circunstancia, no afecta el mercado si tenemos en cuenta que la campaña de la ETB, iba dirigida a un consumidor particular y cuya incidencia no era significativa dentro del mercado relevante, que es el mercado geográfico internacional" y acto seguido en los folios 26 y 27 se hace un análisis sobre el comportamiento del mercado en el que se concluye después de observar las cifras que: "el mercado no se afectó en el curso del año, si tenemos en cuenta que el denunciante continuó con su mayor participación en el tráfico de larga distancia nacional e internacional".

Por la cual se resuelve un recurso

Adicionalmente, este despacho estima importante aclarar que se entiende por lema comercial conforme lo establece la decisión 486 de 2000, en su artículo 175 "... la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca" y la frase "Aló mamá" no es susceptible de apropiación por ningún operador como así se explicó en la resolución que se recurre a folio 34 así :

"Dentro del contexto de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, la palabra "Aló" es de uso común y habitual por parte de los usuarios y tiene un carácter universal genérico el cual guarda relación directa con la prestación misma del servicio y por lo tanto ningún operador puede apropiarse de la misma, como efectivamente ocurre en el caso que nos ocupa.

Ahora bien, así mismo dentro del contexto de la frase de la discordia, la palabra "Mamá" tiene una acepción universal y dentro de la presente actuación reviste especial importancia tener en cuenta que fue utilizada por la ETB en el mes de mayo, periodo dentro del cual se celebra el día de las madres, época que motivó la estrategia publicitaria de la ETB.(...)"

Por otro lado este despacho no encuentra probado la imitación del lema de TELECOM por las siguientes razones:

- Lema registrado por TELECOM

Teniendo conocimiento de los archivos de esta entidad, se encontró que a TELECOM se le concedió mediante resolución 8465 del 22 de marzo de 1996 la utilización del lema comercial "ALO MAMA, ALO PAPA", en la clase 16 como complemento de la marca TELECOM. Así mismo, mediante resolución 24526 del 29 de septiembre de 2000, se le concedió el registro del lema "ALO MAMA, ALO PAPA", acompañando la marca TELECOM para distinguir servicios de publicidad y negocios comprendidos en la clase 35 de la Clasificación Internacional de Niza.

Si imitar se entiende como la copia exacta, en este caso del lema, vemos que existe una diferencia entre el lema de TELECOM que es susceptible de protección por parte de la SIC, el cual es "ALÓ MAMA, ALO PAPA" y la frase que incluyó ETB en su tarjeta y aviso publicitario "Aló.....Mamá?", haciendo alusión a la promoción que se haría en el mes de las madres. Es así como con la simple observación del lema de TELECOM, este despacho no encuentra de recibo el argumento del recurrente cuando califica como de imitación a su lema comercial.

Como la frase "Aló Mamá" contiene elementos genéricos ya explicados anteriormente es importante que resaltar que su registro no impide que estos sean utilizados por otros competidores, y así lo ratifica la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en interpretación proferida en el proceso 30-IP-96 de 12 septiembre de 1997, marca KRAFT LA AUTENTICA MAYONESA, la cual expresa:

"Cuando una marca mixta esta compuesta por denominaciones como "sabroso chocolate ZZ", no se está impidiendo que otros productores de chocolates utilicen el adjetivo "sabroso", en este ejemplo está cumpliendo tan solo una función publicitaria."

Luego al contener el lema comercial de TELECOM, palabras genéricas como "Aló", palabra que es de uso común en cualquier conversación telefónica y "Mamá", palabra que es utilizada en fechas especiales, como navidad y en especial en el mes de las madres, no puede Telecom entender que estas palabras puedan limitarse en su uso a otros operadores de telefonía, puesto que estas expresiones resultan necesarias en las conversaciones telefónicas.

Adicionalmente, reforzando lo anteriormente expuesto la decisión 344, reconoce que el lema comercial es complemento de la marca, es decir que el lema posee un carácter accesorio respecto a la marca y le impone la fuerza de distinción del lema registrado por TELECOM, es decir que para

Por la cual se resuelve un recurso

analizar la imitación su estudio debería recaer sobre la marca TELECOM y el lema "ALO MAMA; ALO PAPA" dentro del contexto de unas hormigas hablando, situación que efectivamente se cotejó cuando al observar la tarjeta telefónica de ETB, que hacía parte de un aviso publicitario, el cual se realizaba en un escenario totalmente distinto, contando con elementos diferenciadores como colores, tipo de letra y distinción de los oferentes e indicación clara de la marca ETB, con lo cual se descarta el hablar de la conducta del denunciado como de imitación.

Luego este despacho no acepta el argumento del recurrente al hacer referencia a "la imitación del lema comercial de TELECOM", puesto que por las razones expuestas no podríamos aceptar la aseveración del apoderado de TELECOM al afirmar que la conducta desleal de ETB consiste en la imitación de un lema comercial de Telecom, cuando estamos hablando de la utilización de una frase que por sus características no es susceptible de apropiación por ningún operador, luego la conducta que se investigó en esta Superintendencia fue la inclusión de la frase "Aló Mamá" en una tarjeta que hacía parte de un aviso publicitario de la ETB con la que ofrecía unos descuentos a los clientes del Banco de Colombia en llamadas a larga distancia.

Lo anterior lleva a este despacho a concluir que no habiéndose comprobado la finalidad concurrencial de los actos desplegados por ETB, la conducta no es susceptible de calificarse como desleal.

4.1.1.2 Ambito subjetivo de aplicación. (artículo 3 de la ley 256 de 1996)

Este despacho aclara que si bien es cierto la ETB y TELECOM tienen relación de competencia, por ser ambos operadores del servicio de telefonía de larga distancia nacional o internacional, la conducta endilgada a ETB en este proceso, según lo probado no es constitutiva de competencia desleal, por cuanto no se probó la infracción por parte del denunciado de los artículos 8 y 10 de la ley 256 de 1996. Luego con el solo cumplimiento del ámbito subjetivo en el caso *sub examine*, no se configura el acto como desleal.

4.1.2 La utilización del lema comercial que identifica en el mercado a Telecom infringe el artículo 10 de la ley 256 de 1996

4.1.2.1 Conducta que tenga por objeto o efecto crear confusión.

Este despacho respecto a este punto precisa lo siguiente:

- No fue probada la confusión

Este despacho no comparte la apreciación del recurrente al indicar en su escrito que "del acervo probatorio se desprende sin lugar a dudas que con la conducta realizada por el investigado crea confusión en los usuarios del servicio", pues quedó demostrado a lo largo de la investigación y así se indicó en la resolución 00045 de 2002 que la ETB no incurrió en actos de competencia desleal.

A la tarjeta motivo de la investigación" (para utilizar las palabras utilizadas por el recurrente), no le fue desconocido su valor probatorio, por el contrario este despacho le dio el valor probatorio que se predica en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil⁵. Es así como el análisis del mencionado documento se hizo en su integridad, por ello no puede esta Superintendencia darle un valor probatorio a la sola inclusión de una frase en una tarjeta, sino que se tuvo en cuenta que la misma hacía parte de un aviso publicitario donde se diferencia claramente, como se indica en el folio

⁵ Artículo 187 del C. P.C.: " Las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos activos"

Por la cual se resuelve un recurso

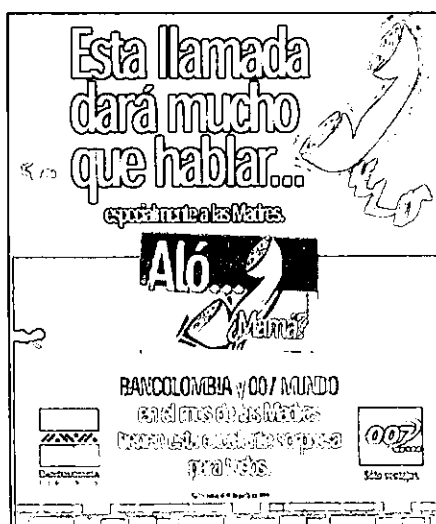
30⁶ de la resolución que se recurre, que la mencionada tarjeta incluía la frase "Aló ...Mama? en una de sus caras y en la otra estaba identificado el número para acceder a la promoción con el sistema "raspe y gane", donde se identificaban planamente con logotipos "007 y Bancolombia" como oferentes, así mismo se encontró que los colores y tipo de letra utilizados diferenciaban plenamente su oferta de cualquier operador de telefonía⁷, luego la tarjeta no resulta un objeto que por si solo tenga la potencialidad de confundir al consumidor. Por otro lado la tarjeta, resulta bastante descriptiva para llamar la atención del consumidor sobre quien ofrece los descuentos en llamadas a larga distancia, lo mismo que el aviso al cual accede y con el cual se distribuyó .

Por otra parte en la resolución no se tildó al actor como lo expresa el recurrente en su escrito al expresar que este "aisló en forma arbitraria una frase sacándola del contexto en que fue recibida por el consumidor, y la sustrajo del mensaje dentro del cual formaba parte", puesto que en ninguna parte de la resolución se calificó en forma alguna al actor o sus actuaciones, con los adjetivos, ni con el sentido en que se expresó el recurrente; en lo que llamó la atención este despacho es que no se puede tomar en cuenta la tarjeta por una sola cara para su valoración probatoria, sino que se miraron las dos caras de la mencionada tarjeta y se tuvo en cuenta el aviso publicitario que la acompañaba, lo anterior en cumplimiento de los artículos 187 y 258 del Código de Procedimiento Civil"

Este argumento tiene plena correspondencia con lo que se demostró en el proceso, luego este despacho reitera que en la investigación adelantada no se comprobaron los actos de confusión, por parte de ETB con su estrategia publicitaria.

⁶ Resolución 45 de 2001 ,Folios 30 y 31: "La tarjeta motivo de la presente investigación, efectivamente comporta en una de sus caras la frase "Aló...¿Mamá?" teniendo de por medio la figura del auricular de un teléfono, utilizando de manera visible y principal los colores negro y verde, a los cuales se anteponen las figuras anteriores. Al respecto de esta tarjeta el apoderado de la Empresa de telecomunicaciones de santa Fe de Bogotá ETB, señal en sus escritos del 26 de octubre de 1999 y del 5 de abril del año 2000 (A folios 312 del expediente) que no es cierto que la ETB inició una campaña de descuentos telefónicos que divulga a través de una tarjeta, sino que fue divulgada mediante un aviso que se distribuyó a través de un correo directo de unas personas previamente determinadas e identificadas, aportando para ello como prueba de su afirmación, en original el aviso correspondiente a la campaña de su poderdante en donde es fácilmente apreciable la campaña publicitaria en todo su contexto, incluyendo en la parte central del mismo la tarjeta tantas veces mencionada.

De igual manera se pueden apreciar de primera vista los colores azul y verde predominantes, que dividen la página y los nombres y las marcas de los impulsores de dicha campaña. BANCOLOMBIA y 007 MUNDO. A continuación se muestra el detalle de lo anteriormente señalado :



⁷ ver expediente folios 9 y 121.

Por la cual se resuelve un recurso

- La tarjeta fue distribuida en forma independiente

Este despacho comprobó y así reposa en el expediente a folios 9, 121 y 312 que la oferta fue distribuida por correo a unas personas previamente seleccionadas e identificadas, en las que la ETB ofrecía unos descuentos telefónicos a través de un aviso en donde se identificaba plenamente quienes eran los oferentes y junto con el aviso se distribuía la tarjeta, la cual según se observó en el expediente hace parte de toda la estrategia publicitaria, pero no se probó que esta fuera distribuida en forma independiente al aviso publicitario.

- La tarjeta de la ETB como indicio de la confusión

Según lo establece el artículo 10 de la ley 256 de 1996, "se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión en la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos", entendiéndose por objeto que la finalidad perseguida sea la confusión o por efecto, cuando en ausencia de tal intención se produzca la confusión.

Teniendo claro lo anterior esta Superintendencia no encontró probado en la investigación que a los usuarios se les haya creado confusión sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, pues lo que si se comprobó es que la tarjeta hacía parte de una campaña publicitaria que contenía varios elementos que la diferenciaban de la campaña de TELECOM, es por ello que este despacho no encuentra de recibo los argumentos del recurrente, en el sentido de indicar que la tarjeta es un indicio de la forma como la ETB quería crear confusión en el consumidor.

El actor no pudo comprobar que la conducta de la ETB, y más aún la sola tarjeta con la inclusión de la frase "Aló...¿ Mamá?" hubiera producido tal grado de confusión en los consumidores a los que se les distribuyó la oferta, que estos pensarán que se trataba de una promoción de TELECOM, cuando lo que buscó la campaña, y así se desprende de las diferencias encontradas al observar la tarjeta y el aviso publicitario, era incentivar el uso del operador de telefonía nacional e internacional ETB en el mes de las madres, determinando plenamente al oferente.

Por lo anterior se establece que en la investigación no se aportó prueba alguna en la que se indique que ETB con su publicidad tuvo como intención confundir o que ETB con su publicidad hubiera provocado confusión en el mercado.

Respecto a los argumentos de la utilización del lema comercial o eslogan "Aló mamá" esta Superintendencia ya se pronunció en el punto 4.1.1.1 en el sentido que la inclusión de la frase "Aló Mamá" en la tarjeta de la ETB no puede ser objeto de apropiación de ninguno de los operadores, puesto que se trata de palabras genéricas y comunes al servicio de telefonía y que la protección del lema que se encuentra registrado en esta entidad es "ALO MAMA, ALO PAPA", dentro de un contexto totalmente distinto a la conducta objeto de investigación. Adicionalmente si bien es cierto la campaña de TELECOM busca tener recordación en el público con la frase "Aló Mamá", esta recordación no se vio afectada en el público destinatario de la oferta de ETB ya que el aviso publicitario tenía elementos diferenciadores para que el consumidor tuviera en cuenta que se trataba del operador ETB y no de TELECOM, en este orden la Superintendencia reitera lo expresado en la resolución 0045 de 2002 en el sentido de declarar que no se comprobaron los actos de confusión, esto es, ni por efecto, ni por objeto como argumenta el recurrente, porque no se probó por parte de TELECOM, que haya existido confusión en el público destinatario de la oferta, ni se logró probar la intención de ETB de confundir a los destinatarios, por el contrario se demostró que la intención de la campaña era promocionar los servicios de telefonía de ETB en el mes de las madres.

Por la cual se resuelve un recurso

4.1.2.2 Recaer el acto de confusión sobre una actividad ajena, prestaciones mercantiles ajenas o establecimientos ajenos.

Este despacho en correspondencia con lo expresado en el punto anterior, no encuentra de recibo el argumento del recurrente puesto que si no se comprobaron los actos de confusión, no hay posibilidad de que estos "por objeto o por efecto" como indica el artículo 10 de la ley 256 de 1996, puedan "crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos".

La Superintendencia de Industria y Comercio encontró en la investigación adelantada que si bien hay identidad en la prestación de servicios ofrecidos por ETB y TELECOM, la utilización de una frase con palabras genéricas (Aló...Mamá?) que reúne algunas de las palabras que hacen parte del *slogan* de TELECOM, "ALO MAMÁ, ALÓ PAPÁ", dentro de un aviso publicitario de la ETB con características bastante diferentes a las utilizadas por TELECOM en su publicidad, no encierra de por sí un acto de confusión, porque como bien se ha explicado anteriormente en el presente escrito no se probó que el destinatario de la tarjeta la haya utilizado con el convencimiento de estar usando los servicios de TELECOM, por el contrario se observó al analizar la tarjeta que el usuario para utilizar la promoción debía raspar una clave donde se observaban claramente los logotipos "077 y BANCOLOMBIA" oferentes de la promoción, desvirtuando así el argumento del recurrente respecto a la confusión.

4.1.3 La utilización del lema comercial que identifica en el mercado a Telecom infringe el artículo 8 de la ley 256 de 1996

Teniendo en cuenta el acervo probatorio del cual se hizo un completo análisis en el que se hace una síntesis en los folios 25 a 29 de la resolución 0045 de 2002, esta Superintendencia reitera lo ya expresado respecto a que no podemos hablar de la conducta consistente en imitación de un lema comercial, sino que la conducta consiste en la inclusión de la frase "Aló Mamá" en una tarjeta que junto con un aviso publicitario ofreció descuentos en las llamadas a larga distancia nacional e internacional en el mes de las madres a un grupo específico de clientes.

Es así como este despacho encuentra que el denunciante no demostró que con la campaña publicitaria de la ETB y en su búsqueda de atraer a estos clientes para que utilizaran sus servicios, se haya actuado en forma desleal, puesto que no se puede desconocer el objetivo de la publicidad, cual es el atraer la clientela y así lo reconoce la doctrina internacional, entre ellos Delio Gómez Leyva quien en su libro "*De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*", cita a Garrigues⁸ quien se pronuncia al respecto así:

" En esencia, pues, la competencia es la lucha por la conquista de la clientela. Y esa lucha tiene como premio la propia clientela. Ahora bien, como la clientela es un premio en lucha y el resultado de esta es vario, quiere decirse que la clientela va a cambiar de en mano en mano, sin llegar a ser propiedad de nadie....."

4.1.3.1 Conducta que tenga por objeto o efecto desviar la clientela

En concordancia con lo expresado en el punto anterior este despacho reitera que correspondía al actor comprobar que ETB con su campaña publicitaria actuó en forma desleal, pues "su intención" como lo expresa el recurrente, era desviar la clientela lo cual no aparece probado en la investigación, por lo cual este despacho encuentra que no se comprobaron los actos de desviación de clientela esgrimidos por TELECOM, pues en eso radica la pugna publicitaria, lo cual no es ilegal de por sí, pues la intención del denunciado era dar a conocer una promoción en el día de las madres, en mayo de 1999, a través de una tarjeta (a folio 321 del expediente) de la ETB, distribuida

⁸ Página 400, citando GARRIGUES, Joaquín, Publicidad y Competencia Ilícitas

Por la cual se resuelve un recurso

por Bancolombia del sistema raspe y gane para la realización de llamadas de larga distancia nacional e internacional.

Respecto a los argumentos sobre las estadísticas es importante aclarar que estas fueron tenidas en cuenta para analizar todos los elementos de la norma y mirar con ello, si el mercado se estaba viendo afectado, lo cual conforme a dichas estadísticas se pudo establecer que el denunciante continuó con su participación mayoritaria en el mercado.

Luego no habiéndose comprobado transgresión de la norma por objeto o por efecto este despacho no encuentra de recibo los argumentos planteados por el recurrente y reitera que la conducta de desviación de clientela no se logró comprobar con las pruebas allegadas al proceso.

4.1.3.2 Conducta contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial

Este despacho encuentra que con la frase "Aló Mamá" utilizada por ETB en su tarjeta promocional, acompañada de un aviso, no se probó el acto como de imitación, según lo expuesto en el punto 4.4.1.1 del presente recurso, luego no habiendo imitación de un frase que no resulta aprensible por ningún operador de telefonía, habiéndose descartado la imitación del lema por no corresponder exactamente al lema registrado por TELECOM no puede esta conducta catalogarse como "contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industria o comercial", puesto que el denunciante no pudo allegar a la investigación prueba de que la conducta de la ETB consistente en su estrategia publicitaria, tantas veces mencionada en este escrito, fuera contraria a los "uso honestos o a las sanas costumbres mercantiles".

El denunciante no probó cuales eran los usos honestos o las sanas costumbres mercantiles que se habrían violado con la conducta de la ETB, lo cual resulta imprescindible a la luz de lo establecido en el artículo 6º. del código de comercio y el artículo 189 del código de procedimiento civil. De lo contrario no podría este despacho señalar una conducta como contraria a una costumbre mercantil que no fue probada o a un uso honesto en materia industrial o comercial, del cual no se precise en que consiste su vulneración.

Luego esta despacho concluye:

- Existió una diferenciación específica en la campaña publicitaria de la ETB con las campañas de su competidor denunciante.
- La publicidad de la ETB, servía para promocionar en el mes de mayo el día de las madres y cuyo contenido es claro y con información suficiente que permite diferenciarse de otras campañas publicitarias.
- La campaña era dirigida a particulares consumidores a quienes la entidad bancaria Bancolombia, les hacía llegar la promoción (el aviso y la tarjeta) a través del correo, es decir, no a todos los clientes existentes o potenciales de los servicios de larga distancia nacional e internacional, quienes a pesar de la información podía utilizar los servicios de los competidores si lo deseaban.
- No existe confusión entre las marcas en contienda. Tanto las marcas de la campaña publicitaria de TELECOM y de la ETB (Bancolombia y 007 Mundo) se puede distinguir claramente en las piezas publicitarias que reposan en el expediente.
- El lema registrado por TELECOM es "ALO MAMA, ALO PAPA", luego la imitación con la frase "Aló....Mamá?" no se evidencia, ya que lo que existe es la utilización de unas palabras

Por la cual se resuelve un recurso

genéricas propias del servicio que se estuvo prestando y en una fecha específica como es el mes de las madres.

Es así como no habiéndose comprobado la infracción de ninguna de las normas del régimen de libre competencia esta Superintendencia reitera su decisión en el sentido de declarar que la ETB no ha incurrido en actos de competencia desleal, de conformidad con lo previsto en la ley 256 de 1996.

QUINTO: Otras Consideraciones

Respecto a la solicitud y a los argumentos presentados por el apoderado de la parte denunciada, este despacho no se pronunciará puesto que el recurso no fue presentado oportunamente, esto es, dentro del plazo de 5 días previsto en el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo y no reúne el requisito de presentación personal exigido en el artículo 53 del C.C.A. que señala: "... si el escrito con el cual se fundamenta el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo (...)"

En consideración a lo anterior, este despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar en todos sus apartes la resolución 0045 del 14 de enero de 2002.

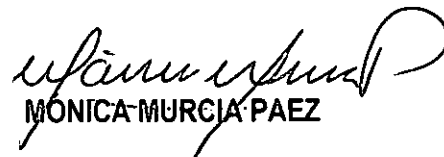
ARTÍCULO SEGUNDO.- Ordenar el archivo de la actuación

ARTÍCULO TERCERO.- Notifíquese personalmente a los doctores LEONARDO ENRIQUE BERROCAL ARDILA y JORGE JAECKEL KOVACS, el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra esta no procede recurso, en cumplimiento del artículo 50, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

La Superintendente de Industria y Comercio,


MONICA MURCIA PAEZ

NOTIFICACIONES:

Doctor
LEONARDO ENRIQUE BERROCAL ARDILA
C.C. 78.697.714 DE Montería
Apoderado
EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES -TELECOM
Calle 23 No. 13-49, piso 11
Bogotá D.C.

Por la cual se resuelve un recurso

Doctor
JORGE JAECKEL KOVACS
C.C. 80.410.552 DE Usaquén
Apoderado
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A., ETB-E.S.P.
Carrera 9 No. 94 A 32 oficina 308
Bogotá D.C.

[Faint, illegible text, possibly a stamp or signature]

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 11519 de fecha 22/04/2002
fue notificada mediante edicto número 10264
fijado el 08/05/2002 y desfijado el 22/05/2002

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a

30 ABR 2002

Notifique personalmente al Dr. JOSÉ RAFAEL V.

El contenido de la anterior providencia quien

Impuesto firma

No procede recurso.

[Handwritten signature]