



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 15425 DE 2002
(21 MAYO 2002)

Por la cual se resuelve un recurso

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las contenidas en el número 8 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992 y 50 del Código Contencioso Administrativo,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: De conformidad con lo resuelto mediante Resolución 05432 de fecha 25 de febrero de 2002, esta Superintendencia dispuso en su artículo primero declarar que las conductas investigadas atribuidas a la sociedad HOTELES INTERNACIONALES S.A., no eran violatorias de la ley de competencia desleal y en especial de los artículos 10 y 15 de la Ley 256 de 1996.

SEGUNDO: Mediante escrito radicado bajo el número 00049347 00040001 de fecha 21 de marzo de 2002, el señor Cesar Augusto Luque Fandiño, Apoderado de la señora María Mercedes Ardila de Serrano, presentó recurso de reposición contra la resolución 05432 del 25 de febrero de 2002.

TERCERO: 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.

CUARTO: Solicita el recurrente revocar en su totalidad la resolución 05432 de fecha 25 de febrero de 2002 y en consecuencia declarar como ilegal el acto por medio del cual la sociedad HOTELES INTERNACIONALES S.A., emplea sin autorización el signo distintivo PUERTA DEL SOL, para distinguir actividades estrechamente relacionadas con las que desarrolla su representada violando flagrantemente los artículos 10 y 15 de la Ley 256 de 1996, relativo a la confusión y a la explotación de la reputación ajena.

RAZONES DEL RECURSO

(...) **CAPITULO III**

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Disiento en un todo del planteamiento del Despacho en la Resolución atacada, respeto su análisis pero no lo comparto, por lo siguiente:

1. *El Despacho hace una valoración bastante apartada en lo relacionado a la Competencia Desleal y especialmente sobre las conductas denunciadas como infringidas por HOTELES INTERNACIONALES, dejando de lado, inclusive el pronunciamiento sobre algunas de ellas, como por ejemplo las tendientes a*

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

crear CONFUSION entre el consumidor, artículo 10 de la Ley 256 de 1996, a pesar de ser denunciadas oportunamente.

2. Debe tener en cuenta, además, que la (sic) dispuesta (sic) en la norma en comento es independiente y autónoma (sic), es decir que puede ser estudiada sistemáticamente o en forma individual, inclusive sin tener que estudiar la adecuación con la norma general ya que en el caso que nos ocupa el sólo hecho de utilizar un signo IDENTICO a una marca previamente registrada, muestra y genera la CONFUSION que castiga la Ley de Competencia Desleal.

3. Igualmente hace planteamientos que hace bastante tiempo fueron estudiados y que la Doctrina y el comportamiento normativo actual muestran (sic) otros planteamientos que desvirtúan claramente el tener que estudiar las conductas de la Competencia Desleal teniendo en cuenta el FACTOR SUBJETIVO, en otrora el carácter profesional de las conductas de Competencia Desleal (aquel que tiene en cuenta la calidad de las personas que intervienen en el proceso mercantil).

4. Al respecto la Doctrina ha dicho (JUAN JORGE ALMONACID SIERRA-NELSON GERARDO GARCIA LOZADA, DERECHO DE LA COMPETENCIA, Editorial Legis, 1999, página 265 y S. S.)...REQUISITOS DEL ACTO DESLEAL EN EL MERCADO COLOMBIANO: En términos generales, el acto desleal en el mercado Colombiano a partir de la Ley 256 de 1996 se caracteriza por exigir los mismos requisitos que se contemplan en varias de las Legislaciones Europeas: que sea desleal, que se califique objetivamente, que sea institucional, de peligro y de mercado.

4.1 ACTO INSTITUCIONAL: El acto desleal atenta contra la institución jurídica de la libre competencia inherente a la economía social de mercado implantada por la Constitución de 1991, La regulación de los actos desleales en la Ley 256 de 1996 se enmarca en la institución de la libre actividad económica y la libre competencia, en consonancia éstas con los principios y valores constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho que reafirman en Colombia no simplemente el funcionamiento de una economía de mercado, sino de una economía social de mercado.

La libre competencia en este contexto está llamada a cumplir fundamentalmente un papel social, por lo cual no se la puede seguir concibiendo como mero instrumento para el logro exclusivo de los intereses individuales de los empresarios o comerciantes competidores. (subrayado nuestro)

De ésta manera, el ejercicio del derecho a la libre competencia que tradicionalmente respondía a una autonomía de la voluntad y a una libertad contractual meramente individualista, como simple instrumento para la consecución de los fines privados del particular, a partir de la consagración del Estado Social y Democrático del Derecho ha de ser entendido dentro de la teoría del ABUSO DEL DERECHO, fundamentada en la sanción al desvío de la finalidad social que busca la competencia económica. (mayúsculas nuestras)

Por tanto el Despacho, no puede permitir que el carácter individualista del denunciado, que pretende lucrarse aprovechando la existencia previa de una propiedad privada (el registro de marca sobre el signo PUERTA DEL SOL de la Señora MARIA MERCEDES ARDILA) sea respaldado por una decisión que lo beneficia y perjudica grandemente al legítimo titular del signo y al consumidor que es el más débil en las relaciones típicas del mercado, quien debe ser protegido por estar directamente vinculado al funcionamiento del propio sistema competitivo, en razón a que el consumidor cumple una función competitiva de primer orden y relevancia, consistente en actuar como árbitro que son sus elecciones y preferencias le brinda en definitiva el éxito a los competidores.

Además, tal situación se plantea sin tener en cuenta un sitio geográfico en particular y obligando al examinador a interpretar la Ley de Competencia Desleal de acuerdo con los principios Constitucionales de

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

actividad económica e iniciativa privada libres dentro de los límites del bien común y competencia económica libre y leal pero responsable.

4.2 ES UN ACTO DESLEAL: *Se ha sostenido que la palabra desleal encierra un concepto más moral que jurídico, que con ellas se hace referencia a la mala fe, a conductas impregnadas de deslealtad o a maquinaciones fraudulentas tendientes a producir un resultado nocivo.*

En nuestro caso se evidencia tal situación, si miramos el interés del Representante Legal de HOTELES INTERNACIONALES, en adquirir mediante compra el signo PUERTA DEL SOL y haciendo ofrecimientos irrisorios, viajando una y otra vez a la ciudad de Bucaramanga con el deseo de entrevistarse con el titular y desplazando la asistencia del apoderado en tales citas, precisamente para aprovechar el no conocimiento del proceso a seguir por mi representada, a sabiendas del resultado que iba a arrojar la investigación por actos de competencia desleal, en el cual son los directos responsables.

Por ello es que su Despacho no puede respaldar las conductas de Competencia Desleal en las que ha incurrido la empresa denunciada y menos cuando existe la vigencia de un certificado de registro de marca para un signo que está siendo usado indebidamente por los denunciados.

4.3 EL ACTO SE CALIFICA DE FORMA OBJETIVA: *En Colombia la Competencia Desleal se estructuraba fundamentalmente sobre el elemento subjetivo de la mala fe, pues se exigía, por ejemplo, que debía estar presente la intención de causar daño. Es así como en los textos legales aparecían expresiones como: el que con intención, el que a través de medios dirigidos, etc.*

Un cambio significativo se produce en el proceso legislativo, así, la Ley 256 de 1996, acorde con la Doctrina moderna, acogió el criterio objetivo, al establecer que 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.

La objetividad de esta finalidad se ve reforzada al establecerse la presunción antes mencionada, puesto que el competidor acusado de realizar actos desleales solamente podrá desvirtuar esta presunción demostrando que no mantuvo ni incrementó su participación en el mercado a través de tales prácticas, esto es, sin poder aducir en su favor ningún criterio subjetivo. Solamente puede aducir el elemento objetivo, consistente en registrar su verdadera participación en el mercado.

De acuerdo a lo anterior, tenemos en cuenta que HOTELES INTERNACIONALES si ha cometido actos de Competencia Desleal, configurados por la Cláusula General del artículo 2 de la Ley 256/96, y así conforme no se ha demostrado -según el Despacho- el aprovechamiento de la reputación ajena, o la desviación de la clientela, si es oportuno afirmar que los actos de CONFUSIÓN se han demostrado a cabalidad inclusive por el sólo hecho de encontrar IDENTIDAD entre los signos HOTEL PUERTA DEL SOL y RESTAURANTE LA PUERTA DEL SOL sin tener en cuenta la identidad o similitud entre los servicios que prestan uno y otro establecimiento.

Además en palabras del artículo 2 de la Ley 256/96, HOTELES INTERNACIONALES no demostró si MANTUVO o INCREMENTO la Clientela (sic) desde el momento en que usó el signo PUERTA DEL SOL, presumiendo que la mantuvo y la incrementó y por ello pretendió el registro de la marca HOTEL PUERTA DEL SOL ante la Oficina Nacional Competente en Colombia, sin que a la fecha lo haya logrado por existir el registro previo del signo RESTAURANTE LA PUERTA DEL SOL, y obsérvese que en el trámite no se ha tenido en cuenta el tipo de servicios pretendidos sino la finalidad de los mismos.

4.4 ES UN ACTO DE PELIGRO: *Al igual que en la Legislación y doctrina europea, la Ley 256/96 no exige la producción necesaria de un daño efectivo para configurar el acto desleal; sólo requiere la existencia del RIESGO para que el acto sea reprochable (VELÁSQUEZ CARLOS, 1996; 218)*

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

La exigencia de la sola peligrosidad intrínseca del acto para configurarlo como desleal, se desprende de la redacción de los artículos 8 a 19 de la Ley, en los cuales se establece reiterativamente que se considerará desleal toda conducta "que tenga por objeto o como efecto (. . .)". Esta expresión indica por lo tanto que el acto se puede reprimir bien sea por su potencialidad dañina (tener por objeto) o por la ocurrencia efectiva del daño (por efecto).

Situación que aplicada a nuestro caso, se encuentra claramente adecuada; ya que HOTELES INTERNACIONALES al usar indebidamente y sin autorización el signo PUERTA DEL SOL a sabiendas de la existencia del registro de marca de la señora MARIA MERCEDES ARDILA, ha puesto en riesgo al consumidor, al estado y al titular del registro de marca, por cuanto el consumidor se puede confundir, el Estado puede verse afectado por esa confusión y el titular de la marca está afectado por cuanto no encuentra sentido al hecho de adelantar un trámite oneroso y largo para obtener un REGISTRO DE MARCA que ni siquiera el Estado representado por la Superintendencia de Industria y Comercio División de Signos Distintivos puede PROTEGER de los potenciales competentes que aprovechan la pasividad del Estado para usar indiscriminadamente signos previamente registrados.

No necesariamente se debe presentar un resultado dañoso con una conducta tachada de desleal, el sólo hecho de crear confusión entre los triparticipantes del mercado (Estado, Consumidor, Competidor), es razón para que la Entidad reprima esa conducta.

4.5 ES UN ACTO DE MERCADO: Tradicionalmente en la Doctrina Colombiana se sostenía que todo acto, para que pudiera ser sancionado por competencia desleal, debía reunir como presupuesto básico que fuera un acto de competencia.

Sin embargo, a la luz de la Ley 256/96, ya no es indispensable que en todo acto desleal se presente una situación efectiva o directa de competencia entre sus agentes, pues basta que el acto sea simplemente desleal y que se presente en la concurrencia al mercado para poner en marcha esta normatividad.

Este concepto tiene fundamento legal en el artículo 3 de la Ley 256/96, al disponer que:

La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia ente el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.

Podría decirse que de la protección contra la competencia desleal se ha pasado a la protección contra las actuaciones incorrectas en el mercado. Ya no es preciso que la actuación desleal se produzca dentro de una relación de competencia entre varios empresarios, pues para que sea calificada de desleal basta que la actuación en cuestión, sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los actores del mercado o simplemente tenga la potencialidad de distorsionar el funcionamiento del propio sistema competitivo.

Así, por ejemplo, se está frente a un acto incorrecto o desleal en el mercado en el caso de una empresa que teniendo un monopolio legal, realiza una publicidad engañosa, aunque con esta publicidad no pueda perjudicar a ningún competidor directo, al no tenerlos. En este caso la deslealtad existe porque con este acto se perjudica a los consumidores y se distorsiona el funcionamiento del mercado atentando contra el interés estatal de mantenerlos dentro de un normal funcionamiento (BERCOVITZ, 199 1,90-13)

Si lo anterior es aplicado estictu sensu (sic), a nuestro caso, fácilmente encontramos que HOTELES INTERNACIONALES efectivamente está incurriendo en conductas de Competencia Desleal, así el Despacho en la Resolución atacada diga lo contrario y se despliegue en dar razones que no se adecuan a la realidad.

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

El acto desleal ejercido, no necesita de ningún elemento subjetivo, es decir, de ninguna intención de dañar a otro o de la presencia de la mala fe para ser calificado como tal, la sola voluntariedad con toda las formas que ella pueda tener, como dolo, culpa, negligencia, impericia, ignorancia; han perdido su importancia como elemento necesario para calificar la deslealtad de la actuación de HOTELES INTERNACIONALES, basta con que exista simplemente una conducta que infrinja unas normas objetivas de actuación correcta al ejercer el derecho a competir, para que el acto sea considerado de desleal.

HOTELES INTERNACIONALES, ha hecho publicidad en diferentes formas y varias de ellas se encuentran en el trámite en las que se observa que el denunciado no hace aclaración sobre la expresión PUERTA DEL SOL en lo relacionado con el RESTAURANTE que se encuentra dentro del establecimiento, sólo hace la aclaración a partir del momento en que se abrió la investigación y desde el momento en que el Representante Legal absolvió el interrogatorio se preocupó de hacer ofrecimientos atinentes a aclarar en su publicidad que el servicio de restaurante lo presta en el RESTAURANTE LA ALMERIA.

Estos actos son incorrectos o desleales, ya que desde que pretendió el registro de marca sobre el signo HOTEL PUERTA DEL SOL conoció de la existencia del RESTAURANTE LA PUERTA DEL SOL y no corrigió la PUBLICIDAD que informaba u ofrecía los servicios del HOTEL PUERTA DEL SOL, permitió y siguió utilizando tal publicidad induciendo en error y confusión al consumidor, ya que éste pensaba que el HOTEL PUERTA DEL SOL tenía una sucursal del restaurante en Bucaramanga sin aclarar que no era así o sin corregir la publicidad en ese sentido, reitero; sólo lo hizo al momento de conocer de la investigación que se adelantaba en su contra por Competencia Desleal.

El Despacho ni siquiera se pronuncia al respecto, sólo se limita a transcribir en forma acomodada lo dicho por el representante Legal en su declaración, tanto que indica textualmente lo dicho por él.

5. Ahora bien, las múltiples formas que pueden presentar los actos de competencia desleal en el mercado, obligan al examinador, no sólo a analizar las conductas típicas contenidas en la Ley o denunciadas por un competidor; sino que además debe ir más allá de ellas, ya que algunas de las existentes se han perfeccionado y han tomado otros nombres como la inducción a la ruptura contractual, la violación de normas, la discriminación y la venta a pérdida, dentro de las cuáles podemos igualmente encontrar las encaminadas a LESIONAR EL DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL (art. 15, inc. 2°. De la Ley 256/96), al cual se debe mirar con mayor celo en éste caso y no pasarlo desapercibido como lo ha hecho el Despacho en la Resolución impugnada.

6. Art. 15 Ley 256/96: ... Inc. 2°. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados Internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y similares.

Así, no entendemos porque el Despacho NO SE PRONUNCIÓ sobre el tema, a sabiendas que la señora MARIA MERCEDES ARDILA detenta y es titular legítima del signo distintivo denominado RESTAURANTE LA PUERTA DEL SOL, vigente y otorgado por esa misma entidad, conociendo además que cuando un solicitante obtiene en su favor una solicitud de registro de marca, adquiere igualmente una serie de derechos de exclusiva FRENTE A ESE SIGNO Y FRENTE A SIGNOS SIMILARES QUE INDUZCAN EN ERROR QUE GENEREN RIESGO DE CONFUSION Y/O QUE GENEREN RIESGO DE ASOCIACIÓN ENTRE LOS CONSUMIDORES. (art. 136, literal a) Decisión 486 de la comisión del Acuerdo de Cartagena)

7. Además se incluye en este tipo de conductas, la denominada COMPETENCIA PARASITARIA, que consiste en la utilización de marcas ajenas, no para distinguir productos competitivos entre sí, sino como

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

signos de identificación de productos o servicios no competitivos, por ejemplo ROPA POSTOBON frente a GASEOSAS POSTOBON, CIGARRILLOS KENZO frente a ROPA O PERFUMES KENZO, HOTEL PUERTA DEL SOL frente a RESTAURANTE PUERTA DEL SOL, marcas utilizadas por competidores que no son los legítimos titulares y que por ese indebido uso afectan los DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL reprimidos por las normas de competencia desleal.

8. Esta tipificación de actos desleales, que protegen los Derechos de Propiedad Industrial se hizo tomando como base el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial incorporado a nuestra Legislación mediante la Ley 178 de 1994.

9. Por ejemplo, si un competidor inocentemente imita el nombre o las marcas de otro colega, desconociendo que estas ya existían y que resultan ser iguales a las que él ha decidido usar, este acto al ser apreciado objetivamente constituye un acto desleal, sin que sea necesario estudiar la intencionalidad del agente infractor (VELÁZQUEZ, 1996, 2 17).

10. El Despacho no puede permitir que un participante en el mercado que ha pretendido el Registro de una Marca, varias veces negadas por esa Entidad al existir un registro previo a nombre de un tercero para actividades estrechamente relacionadas con la pretendidas en registro.

11. Es claro que HOTELES INTERNACIONALES ha usado sin autorización un signo distintivo perteneciente a un tercero que mediante los trámites legales obtuvo su Registro ante la Oficina Nacional Competente en Colombia y que por ese registro la Ley le ha otorgado DERECHOS EXCLUSIVOS de forma excluyente frente a registros de terceros, y el Despacho no puede respaldar y validar la violación de esos Derechos ya que estaría en los límites del Derecho Penal y disciplinario, al desplegar conductas que tiñen en lo antijurídico.

12. El Derecho Marcario se instituyó desde tiempos inmemorables para proteger los derechos de Propiedad Industrial de los participantes en el mercado, ya sean personas morales o jurídicas, igualmente estructuró un procedimiento y diseñó una serie de requisitos que sin cumplirlos no se puede lograr la protección solicitada para un signo distintivo.

13. Así mismo, dispuso una serie de prerrogativas a favor de la persona que obtenga un REGISTRO DE MARCA, al igual que le otorgó Derechos de exclusiva para el uso de ese signo y le permite en forma excluyente hacer buen uso del registro obtenido, inclusive insinuó una serie de acciones legales de las cuales el titular puede hacer uso para la defensa de los derechos obtenido.

14. Observamos en nuestro caso que la Entidad, contrariamente a lo indicado, permite que el titular del Derecho obtenido por el Registro (MARIA MERCEDES ARDILA DE SERRANO) del signo LA PUERTA DEL SOL, sea violentado en sus intereses al no manifestarse sobre el uso indebido que del signo ha venido haciendo HOTELES INTERNACIONALES, a pesar de que el titular puso en conocimiento oportunamente de la autoridad administrativa tal circunstancia.

15. El Despacho desconoce lo dispuesto por el artículo 155 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que indica:

Art. 155.-El registro de una marca confiere a su titular el derecho a impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos:

a) aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuáles ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos; (subrayado fuera de texto)

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

d) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión, o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión;

16. Al respecto, debemos indicar que en lo relacionado al literal a) de la norma en comento; los SERVICIOS registrados en el Depósito de Registro Mercantil de HOTELES INTERNACIONALES se encuentran estrechamente vinculados a los SERVICIOS registrados en el Depósito del Registro Mercantil de RESTAURANTE LA PUERTA DEL SOL, queriendo decir que efectivamente la conducta desplegada por HOTELES INTERNACIONALES es típica de los actos de Competencia Desleal vinculados a la Propiedad Industrial y regulados no sólo por la Ley 256 de 1996 sino que además por la reciente Decisión 486 de la Comunidad Andina en los artículos 258 y 259.

17. Aun así, no entendemos porque la Entidad NO ENCUENTRA como DESLEAL la conducta desplegada por HOTELES INTERNACIONALES, si la evidencia es clara y plenamente demostrada en el trámite, tal vez no por la Desviación de la Clientela, tal vez no por el Aprovechamiento de la Reputación ajena, inciso primero del artículo 15 de la Ley 256/96, pero si es clara por violación del inciso 2 del artículo 15 de la Ley 256/96 relativo a los DERECHOS DE PROPIEDAD del artículo 10 de la misma norma.

18. Contrario a lo que el Despacho ha afirmado en la Resolución impugnada, en éste asunto SI EXISTE LA FINALIDAD CONCURRENCIAL exigida por el artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal ". . .La finalidad concurrencia 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... "; , norma que trae una presunción que admite prueba en contrario y que le corresponde desvirtuar al DENUNCIADO y no al DENUNCIANTE, ya que es aquel quien debe demostrar que por el USO del signo distintivo registrado a nombre de un tercero (en éste caso la denunciante) NO HA MANTENIDO LA PARTICIPACION EN EL MERCADO, y tampoco HA INCREMENTADO LA PARTICIPACION EN EL MERCADO, que tal permanencia en el mercado es y ha sido propia, adquirida porque su servicio es de - en palabras de la Entidad "ALTA CATEGORIA", evento que no ha sido probado idóneamente por el implicado en los actos de competencia desleal, teniendo claro que la CARGA DE LA PRUEBA le corresponde al DENUNCIADO y no a la DENUNCIANTE, como lo pretende exigir la Entidad.

Nos preguntamos: si el HOTEL PUERTA DEL SOL está catalogado como de ALTA CATEGORIA y según el Despacho, por la Carta Postal que aparece en el plenario que contiene las CINCO ESTRELLAS que identifican los hoteles de alta categoría, la categorización o el posicionamiento obtenido no es por el uso del signo PUERTA DEL SOL, porque el denunciado ha querido a toda costa apropiarse de tal signo a sabiendas que es de la ' señora MARIA MERCEDES ARDILA DE SERRANO quien lo ha utilizado en forma pacífica y regular desde hace mas de treinta (30) años ???, y a quien le ha ofrecido comprárselo en varias oportunidades hasta el punto de viajar hasta la Ciudad de Bucaramanga a ofrecerle incluso la compra de todo el negocio???, confirmado por el suscrito a quien también le ofreció la compra del establecimiento, o del Signo registrado o la suscripción de un documento privado que le permita USAR el signo PUERTA DEL SOL???

19. Con el Superlativo utilizado por el Despacho y que con él AFIRMA, que HOTELES INTERNACIONALES no ha incurrido en actos de Competencia Desleal, observamos que ha prejuzgado una conducta o actuar inclinándose, por su puesto; a la decisión adoptada y dejando entrever la parcialidad que tomó frente al asunto denunciado a pesar de tener las suficientes pruebas que tipifican, sino todas las conductas denunciadas, si por lo menos una de las contempladas en la Ley de Competencia Desleal.

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

20. Ahora, el punto a discutir es el relacionado con la afirmación del Despacho de: ". en primer lugar, y desde la perspectiva del mercado, vistos los objetos sociales de las empresas en cita, se tiene que las actividades de servicios que desarrolla la denunciante a través del restaurante La Puerta del Sol, están limitadas casi de manera única y exclusiva a la venta y distribución de comida - salvo la actividad de venta de licores-; en tanto que los servicios que desarrolla el denunciado Hoteles Internacionales S. A. por intermedio del hotel Puerta del Sol, se circunscriben al ámbito del hospedaje y en general a los servicios destinados al alojamiento turístico.."

21. . . .visto lo anterior, las partes de éste proceso se desenvuelven desde el punto de vista de los servicios que ofrecen en ámbitos diferentes, pues no ejecutan de manera principal actividades iguales o parecidas, - recuérdese que la ley de competencia no exige relación de competencia directa - aún cuando el denunciado ofrezca de manera accesoria el servicio de comida, en su restaurante llamado "La Almería ", que como bien puede apreciarse tiene una identificación propia y bien diferenciada..

22. . . . Por otra parte, y desde la perspectiva del ámbito geográfico y espacial en el cual se desarrollan las actividades de negocios, encontramos que el establecimiento de comercio restaurante " La Puerta del Sol " de propiedad de la señora MARIA MERCEDES ARDILA DE SERRANO, se encuentra ubicado en la ciudad de Bucaramanga, (Santander), en tanto que la actividad de servicios hoteleros ejercida por la parte denunciada HOTELES INTERNACIONALES S. A., se desarrolla en la ciudad de Barranquilla, (Atlántico), lugar donde se encuentra ubicado el hotel "PUERTA DEL SOL ".

23. Al respecto, debemos indicar que el requisito de la relación de competencia estricta tiene un neto sabor corporativista, correspondiente a la época prevaleciente del modelo profesional, pero actualmente la consagración de las cláusulas generales y el reconocimiento de la protección igualitaria a los intereses de los consumidores y del Estado en el juego de la competencia, dejan vía libre a la Doctrina y a la Jurisprudencia para construir el acto desleal prescindiendo del requisito de la relación de competencia en sentido estricto (BACHARACH, 1993, 54).

24. Debido a los avances de las técnicas de administración empresarial, se debe considerar que la competencia se produce más allá de indicar que los competidores no lo son por el hecho de transcribir un objeto social y encontrar que allí no hay relación de productos o servicios que puedan generar confusión o competencia, ya que la finalidad misma de los competidores es la de AGOTAR LA CAPACIDAD DE CONSUMO DE UN DETERMINADO CONSUMIDOR así los bienes o servicios ofrecidos no sean iguales, no pertenezcan a la misma rama de actividad económica, no sirvan para satisfacer la misma necesidad ni se ofrezcan en el mismo espacio geográfico, y es así que existe competencia, por ejemplo; en el evento en que un padre de familia que posee una determinada suma de dinero para gastar en un viaje de vacaciones e inicia los contactos con la agencia de viajes que le venderá los pasajes y le hará las reservaciones del caso, pero sucesivamente se encuentra con un vendedor de libros que le ofrece una importante enciclopedia fundamental para la educación de sus hijos, oferta esta última a la cual finalmente accede el padre de familia. (VELASQUEZ, 1996, 214). En éste ejemplo, se admite que existe un acto de competencia, así los servicios o productos ofrecidos sean distintos, por cuanto lo que pretendían en últimas los diferentes oferentes era agotar la capacidad de compra del cliente o consumidor.

25. Por tanto para que se configure la competencia basta que se trate de oferentes que actúan en el mercado, independientemente del producto que ofrezcan, la actividad en que se desenvuelvan, la necesidad que cubran, el espacio geográfico que ocupen o en el que se desenvuelvan las actividades o servicios ofrecidos y en general cualquier factor que pretenda desvirtuar la competencia, reitero, basta que exista la competencia en el mercado cualquiera que ella sea, ya que una posición contraria es llegar al absurdo de pensar que si un competidor que tiene registrada una marca en Cafarnaún no pueda accionar en contra de un competidor que está utilizando esa marca en Bogotá sin la autorización o

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

permiso legal debido, situación muy parecida a nuestro caso, con la diferencia que nuestro caso es una realidad, el otro es sólo un sofisma.

26. Finalmente para concluir el anterior análisis y reafirmar la inconformidad sustentada de éste Recurso, es oportuno mirar el Título XV DE LAS ACCIONES POR INFRACCIÓN DE DERECHOS Capítulo 1 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, vigente en nuestro País desde el 1 de diciembre de 2000 y que permite adecuar aún más las conductas desplegadas por HOTELES INTERNACIONALES dentro de las clasificadas como de Competencia Desleal, especialmente las que a continuación se transcriben.

26.1 Art. 238.-El titular de un derecho protegido en virtud de ésta Decisión podrá entablar acción ante la autoridad Nacional competente contra cualquier persona que infrinja su Derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción.

Si la Legislación interna del País Miembro lo permite, la autoridad Nacional Competente podrá iniciar de oficio, las acciones por infracción previstas en dicha legislación....

26.2 Art. 241.-El demandante o denunciante podrá solicitar a la autoridad Nacional competente que se ordenen, entre otras, una o más de las siguientes medidas:

- a) El cese de los actos que constituyen la infracción;
- b) La indemnización de daños y perjuicios;
- c) El retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieron predominantemente para cometer la infracción;
- f) La adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción, incluyendo la destrucción de los productos, materiales o medios referidos en el literal c) o el cierre temporal o definitivo del establecimiento del demandado o denunciado; o,...

27. En concordancia con lo anterior y en aras de solicitarle al Despacho se pronuncie sobre:

27.1 LA ACCIÓN PREVENTIVA O DE PROHIBICIÓN, dispuesta en el artículo 20 numeral 2 de la Ley 256 de 1996, que dispone: ". . .Art. 20. ACCIONES. - Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitarle al juez evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.

" 28. Lo anterior toda vez que el Despacho no se pronunció al respecto y se evidencia la violación de los Derechos de propiedad Industrial de mi representada. (...)"

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El Despacho procede a considerar y manifestarse sobre cada uno de los puntos esgrimidos por el recurrente, para lo cual se permite reunirlos en cuatro grupos de la siguiente manera:

1. El hecho de que la finalidad concurrencial del acto se presume. El denunciado deberá desvirtuar la presunción establecida sin aducir ningún criterio subjetivo en su defensa.

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

Cualquier acto de competencia desleal que se pretenda tipificar deberá antes que nada cumplir con dos requisitos fundamentales establecidos en el artículo 2 de la Ley 256 de 1996, parte inicial que reza: "*Ámbito objetivo de aplicación. Los comportamientos previstos en esta ley tendrán consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales*".

Por su parte el inciso segundo del precitado artículo establece la siguiente presunción: "*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.*"

Así las cosas, la Ley ha establecido dos requisitos fundamentales que deben predicarse de las conductas susceptibles de investigación: Que la conducta se realice en el mercado y que tenga fines concurrenciales.

1. Que el acto tenga fines concurrenciales.

La concurrencia solo puede presentarse si existe competencia. Si no hay al menos dos partes identificables en un terreno de competencia - aunque no sean competidores entre si -, no podrá establecerse la pugna entre uno y otro sujeto a fin de posicionar un producto o bien, propio o ajeno; no existirá contienda, para lograr la misma cosa, o igualar una cosa a otra en su perfección o propiedades.

La actividad concurrencial en si misma es lícita y permisible, es la razón de ser de la competencia; lo que permite entonces, la existencia de un perjuicio concurrencial. Lo que se censura es haber causado un perjuicio mediante ilicitud. En otras palabras, se permite la concurrencia por medios honrados. Se censura aquella que se logra por medios ilícitos.

"(...) La concurrencia causa siempre un perjuicio a los empresarios implicados en ella. Es una lucha en que se aspira a que triunfe el mejor, aquel que tiene el favor de los consumidores y, por tanto, el éxito de uno de los empresarios sólo puede conseguirse en detrimento y a costa de los demás, en cuanto que unos compradores dejan de ser compradores de otros.

No puede, por tanto, sostenerse que la competencia desleal se prohíba por el mero hecho de que de ella se deriva un perjuicio para los concurrentes o para un competidor determinado, sino porque ese perjuicio se ha producido alterando la situación de igualdad de oportunidades entre los competidores, por la maniobra desleal de uno de ellos. La aprobación de clientes en esa situación ya no es el resultado de la lucha lícita, sino del empleo de medios torpes, que aparecen vedados a todos. Entonces, lo que hubiera sido, de actuar normalmente, un perjuicio concurrencial permisible, se transforma en un daño indebido, del que hay que responder. (...).

Entre la competencia prohibida por la ley y la competencia desleal se da, pues, una diferencia clara: en la competencia prohibida, cualquier perjuicio concurrencial es ilícito, mientras que en la competencia desleal lo ilícito no es el daño concurrencial, sino la utilización de un medio torticero para causarlo¹

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley (artículo 3) abarca tanto a los comerciantes como a cualquier otro participante en el mercado, poniéndose de presente que no se requiere que las partes sean competidoras entre si².

¹ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, Tratado de Derecho Industrial. Edit. Civitas. Madrid 1998.

² Art. 3: *Ámbito subjetivo de aplicación. Esta Ley se 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.*

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

La no cualificación de los sujetos interesados, como competidores, no obsta para afirmar que el concepto de competencia cobra importancia en el análisis: se busca garantizar la libre y leal competencia, lo que de plano permite afirmar que el objeto jurídico protegido es la competencia, de tal suerte que la misma debe existir aunque no sean las partes quienes compitan entre si.

El artículo 3 (ámbito subjetivo) ha ampliado los sujetos legitimados por activa para iniciar la acción, permitiendo que la puedan intentar quienes no compiten pero que por efectos de la competencia se ven afectados por encontrarse ellos, bien directa o indirectamente, participando en el mercado. Esto muestra como verdaderamente, la acción necesariamente tiene que originarse en un acto competitivo aunque las partes legitimadas no sean quienes compiten. Esta aseveración tiene mayor fundamento cuando encontramos que la ley siempre postula: "acto de competencia desleal", frase que denota sin lugar a dudas, que el acto reprimible debe surgir de una actuación de competencia aunque quienes sean partes no tengan tal relación³, se reitera.

Sobre el particular, se ha dicho: "Desde luego, la norma no excluye la competencia; pero su eficacia no se sustenta en aquella, con lo cual parece, prima facie, que el legislador ha querido subsumir en este criterio subjetivo, a quienes, a pesar de no estar compitiendo, si están legitimados por activa para el ejercicio de la acción, como es el caso de los consumidores (...). Desde luego, hay hipótesis de conductas desleales que no pueden ser calificadas o analizadas sino frente a la presencia real de un relación de competencia, pero se ha querido sentar un principio general sobre la material"⁴. (subrayas fuera del texto).

Esta reflexión en cuanto a la necesidad de la existencia subyacente de la competencia, para su punición, justifica la identidad de un mercado objetivo y objetivamente idóneo para concurrir; pues si competir equivale a contender dos o más personas para lograr la misma cosa, o igualar una cosa a otra en su perfección o propiedades, necesariamente tendrá que definirse cual es esa cosa y en que lugar se encuentra para efectos de contender o concurrir.

En este punto sobresale la importancia de la delimitación del área geográfica de incidencia.

Como se señaló renglones atrás, 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

La presunción así establecida admite prueba en contrario. La norma imperativamente exige para la activación de la presunción, que del acto realizado pueda predicarse su objetiva idoneidad para mantener o incrementar la participación de un sujeto cualquiera en el mercado.

No encuentra el Despacho razones para que tal presunción se active. Las pruebas arrojadas al expediente permiten determinar la incompetencia o incapacidad de los actos para generar competencia desleal. Tal falta de idoneidad está dada no solo por las distintas actividades que desarrollan las empresas, sino también por su imposibilidad para trascender en un límite geográfico determinado. En primer término, quedó claramente definido en el proceso, que las actividades desarrolladas por las partes son diferentes:

Las actividades de servicios que desarrolla la denunciante a través del restaurante La Puerta del Sol, están limitadas casi que de manera única y exclusiva a la venta y distribución de comida -salvo la

³ "Por tal razón como la doctrina de manera unánime lo ha aceptado, si ése no es el objetivo (al referirse al hecho de que siempre subyace una relación de competencia o un acto de competencia), podrá la conducta caer bajo otra normativa: como la injuria de un competidor por la enemistad personal, que lo será de la penal, y no de la órbita de la deslealtad en competencia económica. GOMEZ LEYVA, Delio. Supra.

⁴ OTAMENDI citado por GOMEZ LEYVA, Delio "De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica. Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.

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

actividad de venta de licores-; en tanto que los servicios que desarrolla el denunciado Hoteles Internacionales S.A. por intermedio del hotel Puerta del Sol, se circunscriben al ámbito del hospedaje y en general a los servicios destinados al alojamiento turístico.

Traigamos a colación lo presentado en los respectivos certificados de existencia y representación legal ⁵.

- Certificado de existencia y representación legal de la empresa unipersonal de la cual es socia y Gerente la señora María Mercedes Ardila de Serrano:

Objeto social: "A. La venta y distribución de comida típica santandereana. B. La venta y distribución de comida en general colombiana e internacional. C. La venta y distribución de licores. D- La exportación o importación de productos alimenticios. E- La comercialización y distribución de productos alimenticios. F- La empresa podrá realizar cualquier acto lícito de comercio⁶.

- Certificado de existencia y representación legal de Hoteles Internacionales S.A.:

Objeto social. "La organización de actividades dirigidas a fomentar y desarrollar la industria del turismo nacional e internacional; la realización de investigaciones en el campo del turismo y de la industria de la recreación en general; la promoción, construcción y explotación de hoteles, apartahoteles y similares en cualquier ciudad y lugares del país o del exterior; la inversión de fondos y dineros de acciones, bonos valores bursátiles y aportes de capital en sociedades de cualquier naturaleza..."⁷.

Visto lo anterior, las partes no ejecutan de manera principal actividades iguales, lo que permite afirmar que no existe interés por parte del denunciado de mantener o incrementar su participación frente a la actividad que desarrolla el denunciante. Sin embargo, esta mera circunstancia no puede ser analizada aisladamente; habrá que ver la circunscripción geográfica que tienen los actos referidos, pues no obstante no coincidir en su actividad, podría pensarse que la actividad que desarrolla HOTELES INTERNACIONALES eventualmente incide en el desenvolvimiento de la actividad de la denunciante en un territorio o espacio geográfico determinado. Aun en este evento, este Despacho encuentra que no hay idoneidad para que los actos realizados por HOTELES INTERNACIONALES puedan interferir en la labor del RESTAURANTE PUERTA DEL SOL. Como quedó establecido, este establecimiento de propiedad de la señora María Mercedes Ardila de Serrano opera en la ciudad de Bucaramanga y es allí donde única y exclusivamente ofrece sus servicios; por otro lado la parte denunciada desarrolla su objeto en Barranquilla, de donde se desprende una única afirmación: " la actividad desarrollada por HOTELES INTERNACIONALES no es idónea para que, *contrario sensu*, RESTAURANTE PUERTA DEL SOL pueda ver disminuida su participación en el mercado, no solo porque desarrollan actividades disimiles, sino porque en gracia de que las mismas tuviesen alguna similitud, ellas no tendrían ninguna incidencia respecto de los clientes o consumidores, en la medida en que las partes desarrollan su objeto empresarial en espacios geográficos diferentes. De esta suerte, no existe ni siquiera por los factores antes descritos riesgo de asociación alguno en cuanto a las prestaciones de una y otra empresa. En otras palabras, no existe un mercado objetivo que permita afirmar la interferencia de la acción de HOTELES INTERNACIONALES en la labor de la denunciante. Así pues, el límite geográfico aludido está dado no solo por la identidad o conexidad de los productos o servicios ofrecidos, sino también por la incidencia que tienen los mismos en un espacio territorial definido.

Si bien es cierto el HOTEL PUERTA DEL SOL ofrece servicio de restaurante, éste se hace a través del RESTAURANTE ALMERIA⁸ y en ningún caso se comprobó, que este servicio adicional y normal dentro de

⁵ Escrito de solicitud de pruebas radicado bajo No. 004960-00020001 del 1 de marzo de 2001, folio 56 del mismo.

⁶ Obrante a folios 66 a 68 del expediente. A esta sociedad se aportó el establecimiento de comercio denominado restaurante La Puerta del Sol.

⁷ Obrante a folios 25 a 30 del expediente.

⁸ En el que se puede degustar comida gourmet internacional y comida criolla. Escrito de solicitud de pruebas radicado bajo No.

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

la operación hotelera, se ofreciera sin hacer mención del nombre que lo identifica. Sobre el particular, el Representante Legal de HOTELES INTERNACIONALES adujo: *PREGUNTA 13: En la publicidad que usted realiza a nivel nacional y conociendo la existencia del restaurante Puerta del Sol de Bucaramanga, ustedes realizan algún tipo de observación respecto del restaurante que presta sus servicios en el hotel?* *RESPUESTA: En todas nuestras comunicaciones escritas y habladas hacemos referencia al Hotel Puerta del Sol como hotel de alta categoría y al restaurante Almería existente dentro del hotel por lo cual considero que no existe lugar a confusión con el restaurante Puerta del sol de Bucaramanga. Los mercados objetivo de cada uno de los negocios son diferentes. (subrayas fuera de texto).*

Para el Despacho este interrogatorio tiene plena validez y mérito probatorio.

En conclusión, no parece lógico que al no existir un terreno sobre el cual gravitan ambas empresas, cada una de ellas pueda mantener o incrementar su mercado, con ocasión de la otra. Con todo, HOTELES INTERNACIONALES, no puede incidir en el mercado de la denunciante, que desarrolla su actividad en Bucaramanga. No es posible que a través del desarrollo de su oficio en Barranquilla, concurra o mejor, mantenga o incremente su posición en un mercado que ha de interesar, y por ende, en sentido contrario, disminuya la posición que ostenta en el mercado el RESTAURANTE PUERTA DEL SOL. No es posible que tras la disminución, por ejemplo, de los precios del HOTEL PUERTA DEL SOL, la demanda de servicios del RESTAURANTE PUERTA DEL SOL, se disminuya. En fin, no hay posibilidad de que los consumidores desvíen sus intereses hacia uno u otro ente empresarial. En suma, los actos realizados por HOTELES INTERNACIONALES, por las circunstancias aducidas, no se revelan objetivamente idóneos para mantenerse o incrementar su participación en el mercado frente a la participación que tiene en el mercado el RESTAURANTE PUERTA DEL SOL.

Por otra parte, tal como lo había determinado el Despacho, en el caso subexamine, no se evidenció que por el hecho del uso de la enseña HOTEL LA PUERTA DEL SOL, el denunciado haya logrado mantener o incrementar su participación en el mercado hotelero. Esta situación de similitud en la enseña, no es la consecuencia directa ni indirecta del efecto del buen posicionamiento del HOTEL. Como se afirmó en la resolución que se recurre, no se apreció en el trayecto probatorio que la existencia del hotel, y su perpetuidad en el tiempo hubiese obedecido a la utilización de la denominación en mención.

2. Mercado

No obstante haberse desvirtuado la presunción de concurrencia con las pruebas allegadas al Despacho y por este hecho perder mérito cualquier consideración frente a la existencia del mercado, este Despacho quiere precisar que desde un punto de vista global, ambas empresas se encuentran en Colombia desarrollando sus actividades, y desde este enfoque general y amplio coinciden en el mercado colombiano.

Esta circunstancia, adicionalmente, determina el ámbito territorial de aplicación de la ley requerido por el artículo 4 de la ley 256 de 1996.

Sin embargo, este mero hecho no es suficiente para aseverar que la coexistencia de ambas empresas en Colombia presupone de antemano una incidencia negativa en el desenvolvimiento de sus actividades. Se requiere el establecimiento de un mercado objetivo, donde agentes del mismo, con ocasión de su encuentro o coincidencia en un espacio o territorio puedan ver deteriorados sus intereses empresariales, que afectan la leal competencia por la actividad de otro u otros agentes.

Como se dejó sentado en el acápite anterior, las partes de este proceso se desenvuelven desde el punto de vista de los servicios que ofrecen (distintos por demás) en territorios objetivamente diferentes, mejor aún, en mercados objetivos diferentes, para efectos de competencia desleal; la parte denunciante en

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

Bucaramanga y la parte denunciada en Barranquilla. Resulta evidente que ambas empresas prestan sus actividades de oferta de servicios en lugares diferentes.

Sus actividades no tienen repercusión en un límite geográfico coincidente. Como se señaló No puede afirmarse, que si HOTELES INTERNACIONALES en Barranquilla varía los precios de los servicios turísticos, por este hecho se afecte la demanda de los servicios de restaurante ofrecidos por la denunciante en el RESTAURANTE LA PUERTA DEL SOL, en Bucaramanga.

Se señala pues que la presunción aludida en el artículo 2 de la ley 256 de 1996, aparece desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente; de esta suerte, al no existir fin concurrencial, falla al menos uno de los presupuestos necesarios para la que los actos previstos en la ley en mención, puedan llegar a tener la consideración de actos de competencia desleal.

2. El hecho del estudio y la tipificación de la conducta descrita en el artículo 10 de la Ley 256 de 1996 de manera independiente de lo preceptuado en la norma general. La mera utilización de un signo idéntico a una marca previamente registrada muestra y genera la confusión que requiere el artículo 10 ibídem. La tutela por parte de la Superintendencia de una marca registrada, y la obligación de la entidad de ir mas allá de las simples conductas descritas en la Ley 256 cuando lo lesionado es un derecho de propiedad industrial.

Señala el recurrente que el estudio de la conducta descrita en el artículo 10, debe hacerse de manera independiente de la norma general consagrada en la ley de competencia desleal. Sobre este punto, antes de señalar la dependencia o no del artículo 10 a la norma general, valga la pena anotar que el recurrente no es claro, pues cuando se refiere a esa norma general que en su entender ha interferido en la toma de la decisión de este Despacho, no se sabe si hace alusión al artículo 2 o al 7 de la Ley 256 de 1996. Esta confusión la genera cuando al referirse a la interferencia de la norma general en el análisis del artículo 10, cita en el acápite 4.3 de su escrito, el artículo 2 de la ley en comento (como si este fuera el contenido de la norma general) y no el 7 como debió hacerlo.

Se precisa entonces, que para efectos de competencia el artículo 2 ibídem corresponde al ámbito objetivo de aplicación, convirtiéndose el artículo en la determinación de los requisitos obligatorios que deben cumplir los actos cuando de calificarlos de desleales se trata. Desde este punto de vista claro está, que el análisis de cualquier conducta descrita en los demás artículos incluido el 10, debe hacerse ajustada a la verificación de estos prerrequisitos. Es decir, por mas inaceptable que parezca un hecho que motiva una denuncia, el mismo no tendrá efectos desleales si no se comete bajo dos presupuestos obligatoriamente verificables a saber: 1. Que se realice en el mercado y 2. Que el hecho que causa la discordia se hubiese efectuado con fines concurrenciales. De tal suerte, que si estos dos requisitos no se verifican, la conducta que genera la controversia no estará llamada a prosperar a luz de la ley de competencia y eventualmente podría ser repugnante a la luz de otro ordenamiento diferente. Sobre estos aspectos ya el Despacho sentó su posición en el acápite que precede.

Por su parte, el artículo 7 ibídem, que verdaderamente corresponde a la norma general de la Ley de Competencia Desleal, no está llamado a ser analizado obligatoriamente a fin de que otra conducta también descrita en la Ley se tipifique. Este artículo es independiente y permite adecuar conductas que no encajan en otro tipo, pero que por sus condiciones y características atentan contra la competencia leal. En este orden de ideas el artículo 7 es tipo conductual autónomo y deberá invocarse por la parte interesada como violado, sólo de manera supletiva, cuando la conducta del presunto agresor no encaje en los demás supuestos de hecho consagrados en la ley de competencia.

Por la explicación antes dada, no es viable que ni siquiera por error, la Superintendencia haya atado el estudio del artículo 10, a lo dispuesto por el artículo 7. Así pues no es procedente la afirmación del recurrente cuando señala que "el estudio de este artículo (refiriéndose al artículo 10) no depende de la

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

norma general", pues el Despacho no ha considerado el artículo 10 dependiendo de lo dispuesto en el artículo 7 *ibídem*.

Ahora bien, si el recurrente al hacer alusión a la norma general, se refirió al artículo 2, sobre el particular esta Superintendencia, en consecuencia con lo dicho, señala que en tanto este artículo determina los requisitos necesarios para que los comportamientos previstos en la ley de competencia tengan la consideración de actos de competencia desleal, se hace necesario, siempre, tener en cuenta la verificación de dichos requisitos; es decir, que los actos se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. Este análisis, tal cual se describe, sí se realizó por el Despacho y necesariamente tenía que hacerse en la medida que este artículo se erige como condición necesaria para la tipificación de cualquier conducta contenida en la Ley 256 de 1996.

Por otro lado, desde el punto de vista de la utilización del signo por parte de un competidor, se señala que en el ámbito de la competencia desleal, el análisis sobre de este hecho (la utilización de un signo por parte de un competidor) se hace desde la óptica misma de la competencia desleal, lo que implica otro tipo de valoraciones no tenidas en cuenta cuando el debate o la protección se busca en el ámbito de la propiedad industrial.

En otras palabras, la disciplina de la competencia desleal no tiene como función la tutela del signo que cada uno usa, no asegura o avala un derecho exclusivo sobre su utilización. Este tipo de protección solo corresponde a la propiedad industrial. Como lo señala reconocido autor⁹: "*La protección contra la deslealtad lo que pretende es evitar que, a través de la imitación de los distintivos característicos de una empresa, se le sustraigan valores que le pertenecen y se haga caer al público en el error de confundirla con otra.*"

Sentada la anterior diferencia, no puede este Despacho admitir que en el trámite de competencia desleal tenga cabida la protección al signo distintivo por la mera imitación IDÉNTICA, pues la valoración debe ir mas allá para determinar si tal imitación idéntica generó riesgo de confusión, sumado a la verificación de los dos requisitos de los que se dio cuenta en el numeral anterior. De esta suerte, no es pues de recibo la afirmación del recurrente cuando al referirse a la tipificación del artículo 10¹⁰, señala: " El sólo hecho de utilizar un signo IDENTICO a una marca previamente registrada muestra y genera la CONFUSION que castiga la Ley de Competencia Desleal". A partir del artículo 10, no se presume que el uso del signo distintivo per se, genere la confusión aludida por el artículo en comento. Por su parte la mera falta de fin concurrencial, no permite ir mas allá en la investigación.

Lo que cobra importancia en la imitación de un signo distintivo en la disciplina de la competencia desleal, no es en sí su imitación, sino la confundibilidad derivada de ella frente al consumidor, la cual se genera en la medida en que quien imita lo que buscó con tal acto fue apropiarse de valores ajenos que le permitían apoderarse de su clientela real o potencial, por existir identidad o al menos conexidad en los servicios o bienes ofrecidos. Es decir, el hecho de la imitación debe verse justificado como fin para la concurrencia. De lo contrario, no hay razón de ser de la imitación, para efectos de competencia desleal.

Como quedó demostrado en el expediente, MARIA MERCEDES ARDILA es depositante del nombre comercial "LA PUERTA DEL SOL", desde el 22 de abril de 1994, según certificados números 07915

⁹ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, Tratado de Derecho Industrial. Edit. Civitas, Madrid, 1978.

¹⁰ Dice el recurrente: "1. El Despacho hace una valoración bastante apretada en lo relacionado a la competencia Desleal y especialmente sobre las conductas denunciadas como infringidas por HOTELES INTERNACIONALES, dejando de lado, inclusive el pronunciamiento sobre algunas de ellas, como por ejemplo las tendientes a crear CONFUSION entre el consumidor, artículo 10 de la ley 256 de 1996, a pesar de ser denunciadas oportunamente. 2. Debe tener en cuenta, además que la (sic) dispuesto en la norma en comento es independiente y autónoma es decir que puede ser estudiada sistemáticamente o en forma individual, inclusive sin tener que estudiar la adecuación con la norma general ya que en el caso que nos ocupa (se refiere al artículo 10) el sólo hecho de utilizar un signo distintivo IDENTICO a una marca previamente registrada muestra y genera la CONFUSION que castiga la Ley de Competencia Desleal. (subrayas y negrillas fuera de texto).

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

(nombre comercial y diseño) y 07810 para cubrir actividades relacionadas con las clases 29, 30, 31 y 32 y los servicios de la clase 42 en cuanto a restaurantes de la Clasificación Internacional de Niza¹¹, así como la marca mixta la PUERTA DEL SOL, según Resolución 20611 del 30 de julio de 1997. Por su parte, la sociedad HOTELES INTERNACIONALES S.A., en virtud de la resolución No. 21355 del 29 de diciembre de 1998 es depositante de la enseña comercial "HOTEL PUERTA DEL SOL", para distinguir actividades relacionadas con las clases 03, 08, 16, 20, 21, 22, 24, 35, 36, 28, 41, 42 de la Clasificación Internacional de Niza, en lo relacionado con servicio de hospedaje. Obsérvese que a ambas partes les corresponde el número 42 en la clasificación aludida.

Se pone de presente, que el depósito del nombre comercial no confiere a su titular un derecho exclusivo sobre la utilización de la expresión, pues sólo la marca lo concede, aspectos que en todo caso son de la órbita de la propiedad industrial.

La enseña depositada a nombre de HOTELES INTERNACIONALES se hizo para distinguir servicios de hospedaje únicamente, a pesar de pertenecer a la misma clase 42. Se reitera, no obstante, que el hecho de la identidad en las clasificaciones, en algunos casos, mas no en todos, podría determinar identidad de mercado o riesgo de asociación entre partes que coinciden en un número de la clasificación de Niza, pero en el caso que ocupa la atención de este Despacho, como se estableció renglones atrás, tal identidad de mercado no quedó probada, correspondiendo la carga de la prueba al denunciante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Así las cosas y siendo claro que no existe la concurrencia aludida, el hecho de la clasificación pierde cualquier mérito a efectos de desentrañar una conducta desleal de las partes en conflicto.

3. El hecho de que el acto desleal no requiere de ningún elemento subjetivo (punto 2 de las razones del recurso)

El elemento subjetivo implicaría el análisis de la conducta de competencia desleal ligada a una serie de consideraciones y circunstancias intrínsecas, personales e individuales que enmarcarían y calificarían la conducta de un sujeto de una forma u otra.

Se plantearía entonces, el problema de determinar la existencia de un ánimo de perjudicar, de una intención de sustraer la clientela de otro; o por lo menos la existencia de intencionalidad del agente. El recurrente tiene la razón al señalar que el acto desleal no requiere de este elemento.

La doctrina mundial tiende a calificar el acto desleal sin necesidad de consideraciones subjetivas que lo materialicen¹² y la legislación colombiana sigue este criterio, haciendo especial énfasis en que algunas de las conductas se materializan bien por objeto o por efecto, entendido el primero, no como la intencionalidad sino como la potencialidad o aptitud del acto para arrojar un resultado aunque el mismo no se patentice.

La afirmación del recurrente en el sentido de que el acto desleal no requiere de ningún elemento subjetivo, infiere entonces que en su criterio el Despacho ha tenido en cuenta consideraciones subjetivas en la calificación de la conducta que se investiga como desleal. Este hecho no puede aceptarse por esta Superintendencia. Una cosa es que el Despacho tenga, en el análisis de la conducta, que verificar dos elementos particulares detonantes en el estudio de cualquier tipo conductual como lo son: la necesidad

¹¹ Resolución No. 16456 del 22 de abril de 1994; certificado No. 007915. Expediente Delegatura para la Propiedad Industrial No. 94011274. Resolución No. 16458 del 22 de abril de 1994; Certificado No. 007810. Expediente Delegatura para la Propiedad Industrial No. 94011275, respectivamente.

¹² Para Franceschelli: "En el ámbito del código de 1865, se consideraba inconcebible la competencia desleal desprovista de dolo o culpa en el competidor y de un daño efectivo o posible en el acto, con la nueva regulación italiana hay que aceptar que los actos de competencia producen importantes efectos jurídicos; inclusive faltando ese elemento esencial en el ilícito aquiliano, que es la culpa, la cual es necesaria para que proceda el resarcimiento económico, pero no para la cesación del acto. FRANCESCHELLI, Remo, en Studi sulla concorrenza Sleale, ct. Por BAYLOS en ob.ct. p-356

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

de que el acto se realice en el mercado y con fines concurrenciales. Este mero hecho no puede tenerse como una conducta del Despacho tendiente a verificar elementos subjetivos, como parece haber sido entendido por el recurrente. En ninguno de los actos proferidos por esta Superintendencia se ha hecho alusión a condiciones propias internas de los agentes; no se han emitido juicios de valor en cuanto a la intencionalidad, llámese ésta dolo o culpa, del sujeto denunciado. Por el contrario, se reitera que cuando las normas rezan que será desleal "toda conducta que tenga por objeto o por efecto"(...), lo que significa esta frase no es la intencionalidad de causar daño sino la potencialidad de que la conducta lo produzca materialícese éste o no. Por tanto, no puede afirmarse que cuando tal razonamiento se hace, el Despacho pretende escudriñar elementos subjetivos que no están llamados a ser tenidos en cuenta en cualquier análisis sobre esta materia.

4. El hecho de que el acto desleal involucra un concepto mas moral que jurídico, ligado a la mala fe, a las maquinaciones fraudulentas y a buscar un resultado nocivo (punto 4 de las razones del recurso sintetizadas).

El estudio de la disciplina de competencia desleal, tiene su contenido determinado por la ley que la enmarca. A riesgos de ser reiterativos, su vida cobra vigencia en la medida en que sus actos se den dentro del marco de una lucha concurrencial. Esta disciplina es de contenido heterogéneo, por estar comprendida por diferentes comportamientos reprimibles por el ordenamiento, todos ellos circunscritos a la lucha concurrencial. Ya la doctrina¹³ había señalado al referirse a su diversidad que la competencia desleal: "está nutrida fundamentalmente de tres tipos de comportamientos antijurídicos diversos: aquellos en que la nota de antijuridicidad la da de modo esencial la apropiación indebida de valores ajenos en la lucha concurrencial; los que se caracterizan por implicar un ataque injusto a otro competidor y los que se definen como contrarios a la verdad y a la realidad en la comparecencia en el mercado¹⁴".

Nuestra legislación comporta una gama de comportamientos diversos reprimibles, todos determinados para su configuración, por la lucha concurrencial.

La calificación de ciertos actos como desleales, está fundamentada, entre otros, en criterios sociales e incluso morales, pero este sustento es sólo la relación que de los tipos conductuales realiza el legislador y estos criterios no serán los que vengán a determinar la materialización o no de la conducta. Es decir, para la adecuación normativa se recurre a las estimaciones jurídicas propiamente dichas y no a las morales o subjetivas, tratándose de competencia desleal.

¹³ Son muy numerosas las clasificaciones propuestas por la doctrina de los actos de competencia desleal. Todas ellas utilizan como criterio para la clasificación la finalidad del acto mismo. Desde nuestro punto de vista agruparemos las distintas modalidades y manifestaciones de la deslealtad en la competencia en esos tres sectores principales, cada uno de los cuales se caracteriza por centrarse en un tipo de antijuridicidad distinta: el fraude, la maquinación dañosa y el engaño. Aludiendo a algunas de las clasificaciones más salientes, recordariamos que, para ASCARELLI, los actos de competencia desleal pueden dividirse en tres grandes grupos: actos de confusión (entre distintivos de toda clase), actos de denigración, y actos de sustracción. (...). MERMILLOD los divide en: 1. Actos que tienden a la debilitación o destrucción de la posición que cada competidor ocupa en el mercado (como la denigración o el desprestigio de un competidor, la perturbación o destrucción de su publicidad, el empleo de maniobras para desorganizar la empresa ajena (...)) 2) Actos que persiguen la creación o el refuerzo de la posición que ocupa en el mercado el autor de la conducta desleal (como los actos de confusión o imitación, la publicidad que se sirve de afirmaciones falsas, usurpación de calidades o títulos, denominaciones de origen etc.). (...) SORDELLI los clasifica en: 1) Actos que incurren en la organización de la empresa ajena (agresión a la empresa, disfrute abusivo de secretos ajenos, maniobras para la violación de relaciones contractuales, etc). 2) Actos en relación con los signos distintivos (confusión de nombres, marcas, confusión de productos por imitación servil y mediante su forma de presentación etc.); 3) Actos que persiguen la confusión con la actividad del concurrente (mediante la imitación de catálogos, formas de publicidad, etc.); 4) Actos que afectan a los precios de los productos o de la actividad de los competidores (como la atribución a los precios de los productos o de la actividad de los competidores como la atribución a los productos del competidor desleal de calidades de los productos ajenos; la crítica de éstos, la comparación con los propios, la denigración y la utilización de falsas noticias, etc). 5) Actos relativos a los medios de propaganda (publicidad con datos inexactos, afirmaciones de exclusivas inexistentes, anuncio de falsas rebajas comerciales, etc. (...)). En BAYLOS CORROZA Supra.

¹⁴ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Supra.

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

En otras palabras, debe abandonarse la valoración social o moral que dio vida a la norma, para llegar a la valoración jurídica, a su aplicación concreta, percibiendo bien que el acto se realizó incumpliendo un deber, como lo hemos señalado, o excediéndose o aprovechándose de un derecho, o inobservándolo o cualquier otra estimación jurídica que permita hacer el juicio jurídico concreto.

Vistas así las cosas, bien vale la apreciación del recurrente en la medida en que la ley de competencia, como cualquier ordenamiento, obedece a la necesidad de procurar un mejor desenvolvimiento de las relaciones de los hombres en sociedad, relaciones que deben estar inspiradas en los mas grandes estándares de moralidad y rectitud, pero no así debe concretarse la valoración jurídica.

De esta suerte, el argumento esgrimido por el denunciante no incide en la valoración de la conducta presuntamente infringida por la denunciada.

En conclusión, no habiéndose presentado conforme con lo analizado la concurrencia entre las partes involucradas, fallan entonces dos presupuestos necesarios para la configuración de las conductas que se investigan, esto es las contenidas en los artículos 10 y 15 de la ley 256 de 1996. Los argumentos de la recurrente no están llamados a prosperar.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Confírmase en todas sus partes la resolución 05432 del 25 de febrero de 2002.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a la señora MARIA MERCEDES ARDILA DE SERRANO, a través de su apoderado judicial y comuníquese el contenido de la misma al apoderado de la sociedad HOTELES INTERNACIONALES, informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá a los **21** MAYO 2002

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificaciones:

Doctor:
JULIO JOSÉ SENEOR L.
Apoderado
MARIA MERCEDES ARDILA DE SERRANO
C.C. No. 79.146.179 de Usaquén
Carrera 11A # 89-34 oficina 201
Ciudad

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

Doctor:
ALEJANDRO GARCIA URDANETA
Apoderado
HOTELES INTERNACIONALES S.A.
C.C. No. 19.408.190 de Bogotá
Carrera 4 A (Av.5) No. 67 - 30 primer piso
La ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 15425 de fecha 21/05/2002
fue notificada mediante edicto número 12605
fijado el 07/06/2002 y desfijado el 21/06/2002

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIA GENERAL

29 MAY 2002

La presente resolución se dio por notificada el _____
Mediante memorial suscrito por el Doctor(a) _____

(Artículo 48 C.C.A.)

Diego Roberto Espinosa

SECRETARIO GENERAL