

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 18443 DE 2002
(21 JUN. 2002)

Por la cual se decide una investigación

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el número 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, mediante resolución número 32658 del 1° de diciembre de 2000, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia abrió una investigación por presuntos actos de competencia desleal, para determinar si las conductas realizadas por la sociedad S. O. Colombia Ltda. en adelante S.O. eran contrarias a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 256 de 1996.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, se notificó la apertura de investigación y se corrió traslado al investigado para que aportara y solicitara pruebas. La parte denunciante, Decoraciones y Cintas Ltda., en adelante Decorcintas y la parte denunciada, S.O., aportaron y solicitaron la práctica de pruebas, siendo decretadas por la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante acto administrativo número 00021514-30014-30015.

TERCERO: Una vez culminada la etapa probatoria, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación, el cual fue a su vez trasladado para que las partes manifestaran sus opiniones tal como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficios 00021514-40000-40001 de 2001. Las partes expresaron:

1. La parte denunciante

"(...) El despacho manifiesta, textualmente "De acuerdo a las respuestas e información suministrada por la sociedad denunciada y considerando que al interior de la investigación se acreditó la presencia en el mercado de espumas florales provenientes de diversos productores algunas de ellas sin identificación que permitiesen al público diferenciar unas de otras, este despacho no encuentra como un acto desleal el hecho de la publicación efectuada, toda vez que en el mercado se encuentran diversos competidores y así, no puede predicarse del aviso publicado que este haga referencia a una prestación mercantil o a un establecimiento ajenos específicos, y tampoco aparece probado que tales afirmaciones resulten incorrectas o falsas y por ende, que tengan por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, toda vez que resultan ser exactas, verdaderas y pertinentes por las consideraciones que ya han sido consignadas".

*Discrepo completamente de las conclusiones y recomendaciones efectuadas dentro de la Investigación, toda vez, que mi representada inició la queja por competencia desleal en que podría haber incurrido S.O. Colombia Ltda., con ocasión de la publicación el día 30 de abril de 2000 de un aviso en el diario El Tiempo, ordenada por esta sociedad, y de acuerdo con las pruebas aportadas decretadas y practicadas, **SI EXISTE COMPETENCIA DESLEAL** por parte de S.O. COLOMBIA LTDA. lo que se demuestra claramente con la apreciación de cada una de las pruebas que hago a continuación.*

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

PRIMERA- No queda duda que el aviso publicado el día 30 de abril de 2000 en el diario El Tiempo, fue publicado por orden de la sociedad S.O. COLOMBIA LTDA., hecho admitido expresamente por el representante legal de S.O. Colombia Ltda., en su respuesta a la pregunta número 5, cuando se le cuestiona si la sociedad que él representa ordenó dicha publicación y él contestó que "sí" Además, el despacho así lo acepta cuando en el folio 5 de la investigación adelantada en los hechos comprobados manifiesta que "El aviso en cuestión fue publicado por orden de la sociedad S.O. COLOMBIA."

SEGUNDA.- Tampoco queda duda que dicho aviso de prensa, publicado el día 30 de abril del 2000, fue publicado en contra de DECORACIONES y CINTAS LTDA. DECORCINTAS, hecho igualmente aceptado expresamente por el representante legal de S.O. COLOMBIA LTDA., cuando se le cuestiona en la pregunta número 9 "En el aviso al cual nos hemos venido refiriendo se hizo alusión a violación de patentes y se daba cuenta de haber iniciado acciones legales tendientes a evitar la usurpación de las mismas, podría usted explicar al despacho por parte de quienes se efectuaban en criterio de su compañía tales violaciones?", a lo que contestó "La compañía sacó en su momento un segundo aviso de prensa (refiriendo aquí al aviso publicado en el diario el Tiempo el 30 de abril de 2.000, cuestionado y que se hizo alusión en la pregunta número 5) una vez obtuvo una providencia de medidas cautelares que había sido interpuesta por S.O. COLOMBIA LTDA a DECORCINTAS LTDA. (resaltado y negrillas fuera de texto)

TERCERA- En la misma pregunta número 9 a pesar de (sic) el representante legal de S.O. COLOMBIA LTDA., acepta sin duda alguna, que el aviso de prensa fue colocado en contra de DECORACIONES y CINTAS LTDA. DECORCINTAS, como lo manifesté anteriormente, confunde al despacho, asegurando que no es cierto que en el mercado hayan dos empresas que fabrican espuma floral y para mayor claridad y entendimiento, a continuación transcribo, la pregunta como su respuesta y así analizarla mejor:
Pregunta el despacho "En el aviso al cual nos hemos venido refiriendo se hizo alusión a violación de patentes y se daba cuenta de haber iniciado acciones legales tendientes a evitar la usurpación de las mismas, podría usted explicarle al despacho por parte de quienes se efectuaban en criterio de su compañía tales violaciones?"

Continúa el representante legal de S.O. COLOMBIA LTDA., contestando esta pregunta "... Lo que si quiero aclarar en este momento en que no es cierto cuando se dice en el expediente, en la demanda interpuesta por Decorcintas por presunta competencia desleal pues se puede acreditar al despacho algunos registros de importación de productos Lilly de Venezuela que estaba siendo comercializado en el país y de alguna manera Certificado de Cámara de Comercio de la firma Fabripor, sociedad que no se haya dispuesto. Entonces no es cierto que en el mercado se encontraran solamente los productos de S.O. Colombia y Decorcintas. Se adjuntan los documentos. Registro de importación de la Aduana de Cúcuta del año 2.000 de Lilly de Venezuela. También las facturas de julio 14 de 1.994, del "Pasaje de las Flores" de Cali donde se compró una caja de espuma Americana producida por Decorcintas. Estas facturas recuerdo son las que corresponden al primer aviso de prensa. (resaltado y negrillas fuera de texto). También anexamos la factura de Fabripor 28808 de 6 de mayo de 1994 que corresponde al producto que se está entregando como muestra para este proceso (y vuelve a recalcar) Eso en lo que corresponde al primer aviso de prensa (resaltado y negrillas fuera de texto) Con respecto al segundo aviso refiriéndose aquí al aviso publicado por S.O. Colombia Ltda. el día 30 de abril de 2000, objeto de la queja por competencia desleal) se está acreditando un registro de importación de la Aduana de Cúcuta del año 2.000 con lo que queremos hacer claridad que los únicos productos que estaban en el mercado no eran los de S.O. Colombia y los de Decorcintas. Ahora, adicionalmente a eso queremos dejar al Despacho un resumen del estudio de investigación de mercados de la firma Asesores Mercadeo de Cali, efectuada en el mes de octubre del año 2.000 posterior a la publicación del aviso donde es el mercado quien puede mejor calificar o no la calidad del producto en lo concerniente a las aseveraciones de la calidad en los avisos de prensa ..."

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

A continuación hago un análisis de cada una de las pruebas aportadas por el representante legal de S.O. Colombia Ltda. y de su respuesta, a fin de darle mayor claridad al Despacho en sus apreciaciones :

A.- Respecto a la manifestación que hace de : "algunos registros de importación de Productos Lelly de Venezuela que estaba siendo comercializado en el país": En esta respuesta el representante legal de S.O. Colombia, adjunta un registro de importación de la Aduana de Cúcuta de fecha 2 de junio de 2.000, pero de acuerdo a la cantidad de producto importado como al valor que se observa en el mismo, claramente se puede deducir que no es una cantidad que tenga incidencia en el mercado, más bien, es una cantidad de espuma floral que solo puede servir como uso de una floristería y no para distribución a nivel de comercio, además, dicha importación fue muy posterior a la fecha de publicación de aviso de prensa de El Tiempo del 30 de abril del 2.000, objeto de la denuncia, por lo tanto no es prueba de la existencia de otros fabricantes en el mercado.

B.- Respecto a la manifestación que hace de: "y de igual manera Certificado de Cámara y Comercio de la firma Fabripor, sociedad que no se haya disuelto" : Aportando, el representante de S.O. Colombia Ltda., dos certificados de Cámara y Comercio de las firmas FOMTEC DE COLOMBIA LTDA. y FABRIPOR y Cia. Ltda., que son dos sociedades que corresponden a la misma fábrica. Si observamos detenidamente dichos Certificados de Cámara y Comercio, podemos apreciar que a pesar de no estar disueltas las sociedades, son firmas que no se han renovado sus matriculas mercantiles; la empresa FOMTEC DE COLOMBIA LTDA., realizó su última renovación el 21 de Marzo de 1.997 y la sociedad FABRIPOR V CIA. LTDA., no ha renovado desde mayo 28 de 1.999. Fácilmente se puede, simplemente con una llamada telefónica a la fábrica, constatar que desde antes de las fechas de las últimas renovaciones, estas sociedades no están produciendo espuma floral.

Por lo tanto, no constituye plena prueba esos documentos aportados, toda vez que por el simple hecho de figurar las razones sociales en Cámara de Comercio, no quiere esto decir que estén produciendo espuma floral o cualquier otro producto, y menos cuando esas empresas no han renovado su Matricula Mercantil, desde hace tantos años y además en el Certificado de Cámara y Comercio de la sociedad FABRIPOR Y CIA. LTDA., se pueden observar más de tres embargos ejecutivos y esto hace imposible el proceder a disolver las mismas.

C.- Respecto a la manifestación que hace de : "También las facturas de julio 14 de 1.994, del "Pasaje de las Flores" de Cali donde se compró una caja de espuma Americana producida por Decorintas. Estas facturas recuerdo son las que corresponden al primer aviso de prensa. (resaltado y negrillas fuera de texto) También anexamos la factura de Fabripor 20808 de 6 de mayo de 1.994 que corresponde al producto que se está entregando como muestra para este proceso. Eso en lo que corresponde al primer aviso de prensa: Esta parte de la respuesta del representante legal de S O. Colombia Ltda., es muy clara, toda vez que el mismo manifiesta que, estas facturas corresponden al primer aviso de prensa que ellos mismos publicaron en 1.995 y que en este proceso no se está cuestionando, además dichas facturas corresponden a una producción efectuada en 1.994, fecha seis años anterior a la publicación del aviso objeto de la queja y ya ampliamente detallado.

Además, la existencia de otras marcas de espuma floral en el país hace unos cuatro o cinco años atrás, no se ha negado, y así lo podemos corroborar con la respuesta del testigo AUGUSTO MONTOYA cuando responde a la pregunta número quince, así: En el momento no he conocido otros productos de espuma floral..... Ahí en un tiempo, unos 5 años atrás una espuma venezolana que estuvo aquí en el mercado de Colombia, tenía Oasis Lely, industria venezolana y esa desapareció del mercado aquí en Colombia, no conozco los motivos..." También el representante legal de DECORACIONES Y CINTAS LTDA. y la testigo NOHORA CADENA COLORADO, lo aseveran en sus testimonios, pero más o menos desde 1.995 o 1.996 a la fecha, incluyendo la fecha de publicación del aviso en cuestión, no hay más productores de espuma floral en el país que S.O. COLOMBIA LTDA. y DECORACIONES Y CINTAS LTDA.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal**DECORCINTAS.**

D.- Respecto a la manifestación que hace de: "adicionalmente a eso queremos dejar al despacho un resumen del estudio de investigación de mercados de la firma Asesores Mercadeo de Cali, efectuada en el mes de octubre del año 2.000 posterior a la publicación del aviso donde es el mercado quien puede mejor calificar o no la calidad del producto en lo concerniente a las aseveraciones de la calidad en los avisos de prensa ..." Respecto a dicho estudio se puede observar que los únicos productos que se nombran en el mismo, son: AMERICANO de Decorcintas Ltda., y NOVA y ULTRAFOAM ambos de S. O. Colombia Ltda., aquí en ningún momento se hace mención a otra marca de espuma floral que pueda producir alguna fábrica diferente a las dos ya mencionadas.

Así mismo podemos observar que dicho estudio no nombra ningún producto de las sociedades Fortec de Colombia Ltda. ni de Fabripor y Cía. Ltda., y menos de la marca Lelly de Venezuela, hecho además muy lógico, toda vez que las dos sociedades no producen espuma floral desde hace más o menos cuatro o cinco años atrás y esto también se prueba cuando S.O. COLOMBIA LTDA., aporta facturas de compra de espuma floral de estas fábricas de 1.994, si en verdad existiera producción de espuma floral de estas dos fábricas, obviamente el representante de S.O. Colombia Ltda., hubiese aportado facturas de compra de la espuma floral, de la fecha de publicación del aviso o mínimo de meses anteriores o del mismo año, además la fábrica de la marca Lelly de Venezuela no exporta a Colombia su producto y lo corroboramos cuando observamos en el Manifiesto de Importación aportado por el representante de S. O. Colombia Ltda. que dicha Importación fue hecha por una persona natural de Cúcuta llamada SANTOS PALOMINO ESPERANZA y no por la Fábrica de Espuma Lelly.

Este estudio tampoco es prueba de la existencia de otras fábricas de espuma floral en el País.

Respecto a la calidad del producto que produce Decorcintas, tampoco puede S.O. Colombia, manifestar que es una "Espuma Floral de baja calidad", puesto que ninguno de los consumidores o distribuidores entrevistados manifiesta que el producto es de baja calidad, como si lo manifiesta S.O. Colombia Ltda. , en el aviso de prensa publicado el 30 de abril de 2.000 en el diario El Tiempo, es más, en el informe del despacho, en el resultado de la investigación, a folio 4, el despacho manifiesta que uno de los hechos comprobado es que "el producto espuma floral fabricado por Decorcintas, goza de buena reputación por su calidad, entre sus consumidores".

CUARTO.- En el resultado de la investigación el despacho manifiesta a folio 7, que no puede predicarse del aviso publicado que este haga referencia a una prestación mercantil o a un establecimiento ajenos específicos, y tampoco aparece probado que tales afirmaciones resumen incorrectas o falsas y por ende, que tengan por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, toda vez que resultan ser exactas, verdaderas y pertinentes " : Permitame con todo respeto y una vez ya probado que el aviso publicado el día 30 de abril de 2.000 fue ordenada su publicación por la sociedad S.O. COLOMBIA LTDA., en contra de DECORACIONES y CINTAS LTDA. DECORCINTAS, transcribirle algunas de las premisas utilizadas en dicho aviso de prensa, para analizar si dichas afirmaciones pueden ser verdaderas. exactas y pertinentes:

- PERSONAS INESCRUPULOSAS.
- ESTÁN FÁBRICANDO y COMERCIALIZANDO ESPUMAS FLORALES DE BAJA CALIDAD.
- HEMOS INICIADO ACCIONES LEGALES TENDIENTES A EVITAR LA USURPACIÓN DE NUESTRAS PATENTES
- ACCIONES QUE CONSISTEN PRINCIPALMENTE EN EL DECRETO DE "MEDIDAS CAUTELARES" EXPEDIDO CONTRA LOS VIOLADORES DE NUESTROS DERECHOS.
- LAS ACCIONES JUDICIALES LAS HEMOS INICIADO NO SOLAMENTE COMO DEFENSA

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal**DE NUESTROS DERECHOS, SINO COMO DEFENSA DEL PÚBLICO CONSUMIDOR DE NUESTROS PRODUCTOS, QUE ESTA SIENDO ASALTADO EN SU BUENA FE.**

Como ya esta probado que dicho aviso de prensa fue ordenado por S.O. COLOMBIA LTDA. en contra de DECORACIONES y CINTAS LTDA. DECORCINTAS, podemos observar que ninguna de estas afirmaciones está probada dentro de la investigación, por el contrario se ha probado que la calidad de la espuma floral que fábrica DECORACIONES y CINTAS LTDA. DECORCINTAS es muy buena; igualmente está probado con prueba documental que obra a folios del expediente, que el decreto de medidas cautelares nunca quedó en firme, toda vez que fue revocada dicha medida por el Tribunal, y a pesar de no haber tenido respuesta del Juzgado 30 Civil del Circuito, los documentos aportados constituyen plena prueba, toda vez que son copias auténticas expedidas por el Juzgado y el Tribunal Superior; así mismo respecto a que DECORACIONES y CINTAS LTDA. DECORCINTAS, está usurpando patentes y violando los derechos de S.O. COLOMBIA LTDA., también está probado, con prueba documental que consiste en las copias auténticas expedidas por el Juzgado Segundo Civil del Circuito, consistente en las Inspecciones judiciales realizadas por peritos nombrados por el juzgado, en la que se observa que no hay usurpación de patentes, por lo tanto en ningún momento se le han violado sus derechos, como lo manifiesta en el aviso de prensa; tampoco aparece probado que DECORACIONES y CINTAS LTDA. DECORCINTAS, esté asaltando en su buena fe a los consumidores del producto espuma floral.

Por tanto y con todo respeto le manifiesto Doctora, que dichas afirmaciones están lejos de ser verdaderas, exactas y pertinentes, por el contrario además de no ser exactas, ni verdaderas, ni pertinentes, si puede predicarse del aviso publicado que este hace referencia a una prestación mercantil o a un establecimiento ajenos específicos, y también aparece probado que tales afirmaciones resultan ser incorrectas o falsas y por ende, tienen por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, toda vez que resultan no ser exactas, ni verdaderas y mucho menos pertinentes.

En conclusión:

1.- Existen en el país, desde hace cinco o seis años atrás, hasta la fecha actual e inclusive en la fecha de publicación del aviso de prensa publicado el día 30 de abril de 2.000, solamente DOS fábricas que producen espuma floral que son S.O. COLOMBIA LTDA. y DECORACIONES y CINTAS LTDA. DECORCINTAS.

2.- El aviso de prensa publicado en el diario El Tiempo del día 30 de abril de 2.000 fue publicado por orden de S.O. COLOMBIA LTDA. en contra de DECORACIONES y CINTAS LTDA. DECORCINTAS, dando origen a una competencia desleal.

3.- Las afirmaciones hechas en dicha publicación son incorrectas y falsas y por ende ni son exactas, ni son verdaderas, ni son pertinentes y por el contrario tienen por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero.

Por lo anteriormente manifestado, a contrario de las Conclusiones y recomendaciones, le solicito muy respetuosamente se sirva declarar que el investigado ha cometido actos de competencia desleal al infringir lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 256 de 1.996 y por tanto declarar la ilegalidad del acto, imponiendo la sanción de que tratan los numerales 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1.992 e imponerle a S. O. COLOMBIA LTDA., la exigencia de perjuicios conforme con el parágrafo 3 del artículo 52 de la Ley 510 de 1.999".

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal**2. La parte denunciada**

Transcurrido el plazo concedido en el informe motivado para que la parte denunciada expresara sus opiniones ésta no se manifestó.

CUARTO: Habiéndose evacuado adecuadamente todas las etapas del proceso, este Despacho decide el caso en los siguientes términos:

1. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

El artículo 143 de la Ley 446 de 1998 dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, incluida la que tiene en el número 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 sobre las sanciones contempladas en los números 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia.

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

Según lo contemplado en el artículo 147 de la precitada ley, concordante con el artículo 58 de la Ley 510 de 1999 la decisión de la Superintendencia en materia de competencia desleal tendrá el carácter de cosa juzgada y ésta o el juez competente conocerá a prevención de éstos asuntos.

La denuncia que generó nuestra intervención se refiere a actos de competencia desleal que no han sido puestos a consideración de los jueces de la República, por ello la decisión corresponde a esta Entidad.

2 Aspectos generales

Según la ley de competencia desleal, para efectos de su aplicación es necesario que se cumplan unos presupuestos especiales. Uno objetivo, que el acto o la conducta se realice en el mercado y con fines concurrenciales, es decir, conductas o actos objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación de un agente en el mercado¹. Otro subjetivo, por el cual se exige que el sujeto pasivo sea un comerciante, o al menos, un partícipe dentro de un mercado². Y otro territorial, según el cual el acto investigado debe estar llamado a tener efectos en el territorio nacional³.

2.1 Ámbitos subjetivo y territorial de aplicación

Se cumplen los supuestos contemplados en los artículos 3 y 4 de la Ley 256 de 1996, en la medida en que S.O., ejerce actividades comerciales como la fabricación, comercialización, importación y exportación de productos para la industria floral y de decoraciones entre otros.

En cuanto al presupuesto territorial, se encuentran en el expediente pruebas suficientes para demostrar

¹ Artículo 2 de la Ley 256 de 1996.

² Artículo 3 de la Ley 256 de 1996.

³ Artículo 4 de la Ley 256 de 1996.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

que los hechos investigados se ejecutaron en el territorio nacional y los efectos de dichas conductas se reflejarían en el mercado interno.

2.2 Ámbito objetivo de aplicación

Según lo señalado en el artículo 2 de la Ley 256 de 1996, los comportamientos serán considerados desleales siempre y cuando se realicen con finalidad concurrencial, la que existirá cuando el acto "por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero."

Los motivos por los cuales se abrió la investigación implicarían que la sociedad denunciada S. O. habría podido incurrir en competencia desleal por motivo de ordenar el aviso publicado el día 30 de abril de 2000 en el diario El Tiempo así encabezado:

"S.O. COLOMBIA (Antes Smithers-Oasis Colombia) Fabricante de las Espumas Florales OASIS, NOVA, y ULTRAFOAM PREVIENE A LOS CONSUMIDORES DE SUS PRODUCTOS: Por cuanto personas inescrupulosas están fabricando y comercializando Espumas Florales de baja calidad y con violación de patentes cuyo titular es la sociedad S-O COLOMBIA.(...)"⁴.

3 Conducta Investigada

Como resultado de la investigación realizada los hechos respecto de los cuales habrá que resolver son:

Si el aviso cuestionado por la parte denunciante, publicado en el diario El Tiempo de Bogotá el domingo 30 de abril de 2000 por orden⁵ de la denunciada S.O., contiene indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, omite las verdaderas o tuvo por objeto o como efecto, desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de Decorintas y en caso afirmativo, si estas aseveraciones resultan ser exactas, verdaderas y pertinentes.

4 Adecuación normativa

En Colombia está consagrado el deber de abstenerse de causar daños a otros⁶. Esa obligación negativa se extiende aún al deber de reparar los perjuicios que se puedan causar extralimitándose en el ejercicio de un derecho⁷.

⁴ Aportado como anexo al escrito con radicación 00042026-0 del 7 de junio de 2000. Página completa de la edición correspondiente al diario El Tiempo de la fecha indicada.

⁵ PREGUNTA 5: Sírvase informar si la sociedad que usted representa ordenó la publicación de un aviso en el diario El Tiempo en la edición correspondiente al día 30 de abril de 2000, pagina 2ª cuya copia reposa en el expediente y le es puesta de presente, en el cual se previene a los consumidores acerca de la fabricación de espuma floral por parte de personas inescrupulosas. (Interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la denunciada S.O.)

RESPUESTA: Si.

⁶ "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido." Código Civil, artículo 2341.

⁷ Con base en el artículo 2341 del C.C., que consagra la responsabilidad por el dolo o la culpa, se consideró que el uso del derecho con desmedro de la función social que le es inherente por mandato del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886 (hoy artículo 58 de la Constitución Política de 1991), constituye un especie particular de culpa aquiliana por abuso del mismo, que puede ir desde el comportamiento doloso, hasta el simple daño causado por simple negligencia o imprudencia, como en el evento en que alguien pone una denuncia criminal contra una persona sin tener bases serias para ello.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

En el caso del derecho a competir consagrado constitucionalmente⁸, las fronteras al desarrollo de la facultad están en las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas⁹ y de competencia desleal¹⁰.

En concordancia, en el primer párrafo del artículo 7 de la Ley 256 de 1996 se dispuso, de manera general, que en su afán de desarrollar iniciativas "los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial" y que, por tanto están "...prohibidos los actos de competencia desleal". En los artículos 8 al 19 de la ley se consagran hipótesis en las cuales se considerará que los métodos usados para competir rebasaron lo permitido y que por ello existe competencia no leal.

En las actuaciones relativas a posibles actos de competencia desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio sigue el procedimiento previsto para casos de prácticas comerciales restrictivas¹¹. En ese

La Corte Suprema de Justicia, citando a Jossierand, formula el principio manifestando que "cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad".

La Constitución Política de 1991 recogió este principio al expresar en su ordinal 1º del artículo 95 que son deberes de la persona y el ciudadano "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios". Jaime Giraldo Ángel. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Ediciones Librería del Profesional, octava edición 1999.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de septiembre 17 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara. Abuso del derecho cuando el denunciante de una infracción penal actúa con intención de perjudicar al denunciado. "La jurisprudencia ha precisado los casos en que tiene ocurrencia el abuso del derecho, distinguiendo entre los actos que mueven su ejercicio con malicia o con la única intención de causar daño, de aquellos que simplemente son producto de la temeridad o la imprudencia, constitutivos de los llamados actos excesivos;En ese orden de ideas y en cuanto concierne al correcto tratamiento del fenómeno jurídico del abuso del derecho, únicamente cuando el denunciante de una infracción penal actúa entonces con intención de perjudicar al denunciado, o lo hace sin el cuidado con el que normalmente y ordinariamente obran las personas prudentes, y de tal proceder se genera un daño, aquél incurre en la responsabilidad civil prevista en el artículo 2341 del código civil, quedando en la obligación de resarcir el perjuicio causado al sindicado." Gaceta Jurisprudencial No. 68 octubre de 1998, página 5.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de febrero 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Lafont Pianeta. Abuso del derecho. Constituye una especie particular de culpa aquiliana. Responsabilidad civil derivada. Dolo o culpa en la denuncia de infracciones penales. "Desde luego, la responsabilidad civil surgida como consecuencia del abuso en el ejercicio de un derecho subjetivo, supone la existencia del dolo, o de la temeridad o imprudencia en quien así actúa, la culpa del agente de ese acto ilícito, circunstancias cuya demostración resulta indispensable para que pueda declararse judicialmente la responsabilidad en cuestión e imponer la condena respectiva por los perjuicios irrogados a la víctima. Por ello, tiene dicho esta Corporación que, así entendido, "el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana", en la cual "puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, animus nocendi, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada" como lo dijo la Corte en sentencia de 21 de febrero de 1938 (G.J. XLVI, pág.60)." Gaceta Jurisprudencial No. 61 marzo de 1998, página 5.

Sobre el mismo tema ver: C.S.J., Sala de Casación Civil, sentencia de junio 8 de 1999. Magistrado ponente: Dr. Nicolás Bechara. Abuso del derecho como especie de la responsabilidad civil, solo puede ser fuente de indemnización cuando se pruebe que existen los tres elementos clásicos en ella: culpa, daño y relación de causa o efecto entre aquella y éste. Gaceta Jurisprudencial No. 77 de julio de 1999.

⁸ "La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades". Artículo 333 de la Carta Política.

⁹ Ley 155 de 1959 y Decreto 2153 de 1992, normas concordantes.

¹⁰ Ley 256 de 1996.

¹¹ Artículo 143 de la Ley 446 de 1998.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

trámite se distinguen dos etapas, la averiguación preliminar y la investigación¹². La investigación se inicia cuando la fase inicial ha permitido establecer que existe mérito para iniciar una investigación¹³. Cuando ese es el caso, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia vincula a los denunciados que correspondan, mediante la notificación de una resolución de apertura en la que señalan, tanto los comportamientos que serán objeto de estudio, como las normas frente a las cuales se verificará la legalidad o no de lo actuado¹⁴.

Así, siendo deber de las autoridades garantizar el principio de contradicción¹⁵ y al debido proceso, así como al derecho de defensa¹⁶, una vez abierta la investigación y formulados unos cargos al presunto infractor, queda delimitado el marco fáctico y normativo de la misma. En los eventos en que exista denunciante, éste puede señalar las normas específicas que considera se han contravenido¹⁷.

5 Actos de descrédito

El artículo 12 de la ley 256 de 1996, establece que se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

La definición de desacreditar no se encuentra contenida en nuestra normatividad, por lo cual es necesario entender la expresión en su sentido natural y obvio¹⁸.

Se entiende por desacreditar "Disminuir el crédito de uno, desprestigiar"¹⁹.

El desprestigio debe recaer sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, el cual debe ser determinado o por lo menos determinable.

Pero, antes de seguir adelante, es preciso detenernos para examinar el contenido del aviso que dio origen a las presentes diligencias. Este fue el texto publicado:

"S.O. COLOMBIA (Antes Smithers-Oasis Colombia) Fabricante de las Espumas Florales OASIS, NOVA, y ULTRAFOAM PREVIENE A LOS CONSUMIDORES DE SUS PRODUCTOS: Por cuanto personas inescrupulosas están fabricando y comercializando Espumas Florales de baja calidad y con violación de patentes cuyo titular es la sociedad S-O. COLOMBIA. Debidamente facultados por la ley, por intermedio de nuestros apoderados jurídicos hemos iniciado acciones legales tendientes a evitar la usurpación de nuestras patentes, acciones que consisten principalmente en el decreto de "Medidas Cautelares" expedido contra los violadores de nuestros derechos. Las acciones judiciales las hemos iniciado no

¹² Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

¹³ Artículo 52, inciso 1 del Decreto 2153 de 1992.

¹⁴ Artículo 11 numeral 1 y 52 del Decreto 2153 de 1992.

¹⁵ Artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

¹⁶ Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁷ Artículo 5 del Código Contencioso Administrativo y 52, inciso 5 del Decreto 2153 de 1992.

¹⁸ Ibidem. Artículo 28 del Código Civil.

¹⁹ Diccionario Práctico Español Moderno, 1992.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

solamente como defensa de nuestros derechos, sino como defensa del público consumidor de nuestros productos, que está siendo asaltado en su buena fe. Las "Medidas Cautelares" decretadas contemplan el embargo y secuestro de los equipos usados con violación a nuestros derechos de patente, así como el decomiso de todos los productos fabricados en dichos equipos, que se encuentren tanto en poder de los demandados como los que se encuentren en el mercado. Igualmente continuaremos los demás medios jurídicos necesarios a efectos de obtener la legalidad plena de nuestros derechos".

Para efectos de determinar si pudo o no darse la infracción investigada, veamos ahora cuales aspectos del aviso de marras tendrían la capacidad de constituirse como indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, o como una omisión de aseveraciones verdaderas, indicaciones que, además de lo anterior, deben de tener por objeto o como efecto el descrédito de la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero. Para este caso, además, si este tercero es la sociedad denunciante, Decorcintas Ltda.

Ahora bien, una vez efectuado lo anterior y examinadas las expresiones o indicaciones seleccionadas de acuerdo con el criterio en mencionado, deberá constatarse cuáles de ellas resultan no ser exactas, verdaderas y pertinentes, pues en caso de serlo, aún desacreditando, no pueden constituirse como una conducta de competencia desleal al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 256 de 1996.

El análisis por efectuar se hará destacando aquellos apartes del aviso que contienen indicaciones que deben entrar en el estudio:

"S.O. COLOMBIA (Antes Smithers-Oasis Colombia) Fabricante de las Espumas Florales OASIS, NOVA, y ULTRAFOAM PREVIENE A LOS CONSUMIDORES DE SUS PRODUCTOS: Por cuanto **personas inescrupulosas** están **fabricando y comercializando Espumas Florales de baja calidad y con violación de patentes cuyo titular es la sociedad S.O. COLOMBIA**. Debidamente facultados por la ley, por intermedio de nuestros apoderados jurídicos hemos iniciado acciones legales tendientes a evitar la usurpación de nuestras patentes, acciones que consisten principalmente en el decreto de "Medidas Cautelares" expedido contra los violadores de nuestros derechos. Las acciones judiciales las hemos iniciado no solamente como defensa de nuestros derechos, sino como defensa del **público consumidor** de nuestros productos, que está siendo asaltado en su buena fe. Las "Medidas Cautelares" decretadas contemplan el embargo y secuestro de los equipos usados con violación a nuestros derechos de patente, así como el decomiso de todos los productos fabricados en dichos equipos, que se encuentren tanto en poder de los demandados como los que se encuentren en el mercado. Igualmente continuaremos los demás medios jurídicos necesarios a efectos de obtener la legalidad plena de nuestros derechos".

Para efectos del análisis, así descomponemos el aviso:

Primera parte del anuncio:

" S.O. COLOMBIA (Antes Smithers-Oasis Colombia) Fabricante de las Espumas Florales OASIS, NOVA, y ULTRAFOAM PREVIENE A LOS CONSUMIDORES DE SUS PRODUCTOS

En la primera parte del anuncio, la sociedad que ordenó el aviso habla de sí misma y de sus productos lo cual no resulta relevante para el presente análisis.

Segunda parte del anuncio:

Por cuanto personas inescrupulosas están fabricando y comercializando Espumas Florales de baja calidad

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

En esta segunda parte, S.O. se refiere a terceras personas cuya identidad ni los productos que fabrican determina, pero sí califica como "inescrupulosas" y en cuanto a los productos indica que se trata de "Espumas florales de baja calidad"

Tercera parte del anuncio:

"y con violación de patentes cuyo titular es la sociedad S-O. COLOMBIA."

En esta tercera parte aparece la copulativa²⁰ "Y" que enlaza la indicación de la segunda parte del aviso a la de la tercera para predicar de aquellos que "las personas inescrupulosas" a que se refirió en la segunda parte están incurriendo en **"violación de patentes" cuyo titular es la propia S-O.**

Esta tercera parte se descompone a su vez en dos, de donde resulta uniendo esta tercera parte con la anterior que personas inescrupulosas están violando patentes cuyo titular es S.O.

Cuarta parte del anuncio:

Previa una invocación de la ley que resulta irrelevante para el análisis, el aviso indica a continuación:

hemos iniciado acciones legales tendientes a evitarla usurpación de nuestras patentes

En esta cuarta parte del anuncio se indica una acción propia, tendiente a un fin: Haber iniciado acciones legales para evitar la usurpación de sus propias patentes.

Quinta parte del aviso:

acciones que consisten principalmente en el decreto de "Medidas Cautelares"

En esta quinta parte, el aviso se limita a indicar el tipo de acciones que ha tomado.

Sexta parte del aviso:

La sexta parte del aviso viene atada a la quinta, al indicar que las medidas indicadas en la quinto aparte del aviso han sido expedidas:

expedido (sic) contra los violadores de nuestros derechos

Ahora bien, si unimos los apartes más relevantes del aviso, de su lectura resulta la siguiente indicación al unirlos en sentido contrario:

"Como consecuencia de las acciones iniciadas por S.O. se han decretado medidas cautelares contra personas inescrupulosas, violadoras de sus patentes, quienes fabrican y comercializan espumas florales de baja calidad".

Frente a lo anterior, habrá que determinar si tales indicaciones resultan ser o no exactas, verdaderas y pertinentes.

²⁰ Copulativa. Sirve para enlazar dos palabras o dos oraciones con idéntica función gramatical. Denota idea de adición, oposición o consecuencia.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

- La pretendida conducta inescrupulosa

Inescrupuloso resulta ser lo contrario de escrupuloso: Que tiene escrúpulos y tener escrúpulos es tener "Duda, Aprensión, de hacer algo malo. Aprensión, temor de tomar o usar algo malo."
Así pues, inescrupuloso se predica de aquel que no tiene duda o aprensión de hacer algo malo".

En efecto, el acto de incurrir en una posible violación de patentes no puede calificarse como un acto bueno.

Ciertamente el aviso que se cuestiona arroja cierta sombra de duda sobre las espumas florales que se mencionan en el aviso, aunque también es un hecho cierto que no se menciona en aquel, de manera directa a ninguna sociedad en particular. Por el contrario la afirmación que se lanza es muy genérica e indeterminada: "personas inescrupulosas", por lo que "en principio" no resulta tan claro concluir que las espumas de baja calidad a que se refiere el aviso, eran las producidas por Decorcintas. Sin embargo, existen elementos que hacen determinable el sujeto contra el cual se dirigen tales afirmaciones. Veamos

Al ser analizado el expediente encontramos que S.O. adelantó ante autoridades jurisdiccionales la acción contra Decorcintas que concluyó en primera instancia mediante el decreto de medidas cautelares en marzo 8 de 2000, tal como lo ordenó en su momento el juzgado de conocimiento ²¹.

La razón o sustento que tuvo aquel despacho judicial para ordenar la medida cautelar solicitada fue la presunta violación de patentes por parte de Decorcintas.

Así pues, esta parte del mensaje consignado en el aviso ordenado por S.O. Colombia, en el cual se advierte de personas inescrupulosas, violadoras de sus patentes, quienes fabrican y comercializan espumas florales de baja calidad, tiene un sujeto determinable, Decorcintas, sociedad ésta en contra de la cual acababa de promover y obtener el decreto de medidas cautelares, precisamente con fundamento en el cargo de violación de patentes.

La duda se centra entonces en torno a la expresión que se predica de aquellos para indicar que **fabrican espumas florales de baja calidad**".

El concepto de calidad hace referencia a "manera de ser de una persona o cosa: artículo de buena calidad." También a la "valía, excelencia de una cosa".

Tal como atrás se señaló, inescrupuloso resulta ser lo contrario de escrupuloso, esto es "que tiene escrúpulos. Conciencioso. Exacto, minucioso. Delicado" y tener escrúpulos es tener "Duda, aprensión, de hacer algo malo. Aprensión, temor de tomar o usar algo malo."

Así pues, inescrupuloso se predica de aquel que no tiene duda o aprensión de hacer algo malo".

De acuerdo a lo anterior encontramos que la conducta motivo de investigación sí contraría el precepto analizado acorde con lo siguiente:

- El mercado de la espuma en Colombia

²¹ El Juzgado Treinta Civil del Circuito decretó la medida cautelar en marzo 8 de 2000, fecha anterior y muy próxima a la de publicación del aviso en abril 30 de 2000. Posteriormente, según obra en el expediente, Decorcintas interpuso recurso en contra de la citada providencia el cual a la fecha de publicación del aviso en abril 30 de 2000, no había sido decidido.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

El testigo Augusto Montoya Buitrago²², manifestó llevar 18 años en el ramo de la floristería y solo conocer dos empresas que fabrican espuma en Colombia: "Primero era S.O. Colombia hace 18 años y después llegó Oasis Americano que es el mismo Decorcintas."²³

La testigo Nohora Cadena Colorado, quien declaró tener una tradición de 25 años en el mercado de las flores y floristerías, declaró no conocer otras productoras de espuma floral en el país diferentes de las mencionadas en esta investigación²⁴, aunque aclaró "Supe que iba a salir otra pero no la conozco".

Por su parte, el representante legal de S.O. al ser interrogado en relación el mercado que atiende²⁵, sobre su competencia, manifestó "actualmente se encuentra Decorcintas, Corporación Lelly de Venezuela y hasta hace aproximadamente un año la firma Fabriport y Cía. Ltda."

Si bien es cierto, lo expuesto por el representante legal de la denunciada en su declaración conduce a la conclusión de que en alguna ocasión han hecho presencia en el mercado colombiano otras marcas y productores o comercializadores diferentes a las sociedades denunciante y denunciada, toda vez que su dicho encuentra apoyo en pruebas documentales y muestras de productos allegados al expediente en el curso del interrogatorio que le fuere recibido²⁶, no aparece demostrado que para la fecha de publicación del aviso motivo de inconformidad como tampoco en los meses que le antecedieron, hubiera presencia de otras productoras de espuma floral en el mercado colombiano diferentes de S.O. Colombia y Decorcintas. Esto es, no se acreditó que para el mes de abril de 2000 cuando se publicó el aviso, las sociedades mencionadas por aquel representante en su interrogatorio, estuvieren produciendo o comercializando espuma floral en el país.

La pretendida participación de otras espumas florales en dicho mercado solo se sustenta, en el caso de la espuma floral atribuida a Fabriport con una muestra adquirida en 1994, esto es, varios años atrás a la de publicación del aviso, en abril de 2000. En el caso de la espuma Lelly, de Venezuela, se aportó a la investigación un registro de importación por parte de la "Corporación Lelly de Venezuela C.A." de fecha 2 de junio de 2000 expedido por la Aduana de Cúcuta. Tal registro corresponde a una fecha posterior a la de la publicación y por tanto no logra probar lo que se pretende, al igual que la muestra de Fabriport.

²² PREGUNTA 4: Manifieste al despacho si usted conoce en el país, otras fábricas diferentes de S.O. Colombia y Decorcintas Ltda. que produzcan los mismos elementos que usted adquiere de estas fábricas haciendo alusión básicamente a la espuma floral.

²³ Respuesta a la pregunta número 15.

²⁴ Respuesta a la pregunta 1.

²⁵ PREGUNTA 3: Sirvase informar al despacho cuales son sus competidoras en el mercado en el que desarrolla sus actividades comerciales la sociedad S.O. Colombia.

²⁶ (...) "RESPUESTA: Bueno realmente existieron dos publicaciones una en el año de 1995 que hacia alusión a productos sin marca individual que identificara su origen o procedencia, en su momento esa publicación fue hecha dado que la firma Fabriport y Decorcintas estaban sacando productos al mercado sin contramarca individual y la gente estaba reclamando por aspectos de calidad creyendo que se trataba del producto fabricado por S.O. Colombia. Aquí están las muestra, las facturas de adquisición de cada uno de estos productos, donde se puede observar que a diferencia de los productos de S.O. Colombia que tienen su contramarca individual los dos productos referidos no la tenían. Quisiera dejar estas muestras. Aquí en este caso de la espuma producida por Decorcintas de la marca Americana, dentro de la misma caja venían algunos bloques con marca y otros bloques sin marca. Estos productos venían en cajas de 48 unidades o barras y la unidad de consumo es la barra. En muchos lugares el producto es vendido individual o sea por borras. Estas barras individuales eran las que no tenían identificación marcaria y generaban la confusión. En el caso de la marca "Muusgo" fabricada por la compañía Fabriport salió sin marca muchos años. Posterior al aviso que nosotros colocamos en prensa esta compañía empezó a empacar en unas bolsitas plásticas con la marca "Muusgo". (En su respuesta a la pregunta 6 del interrogatorio)

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

De acuerdo a lo enunciado y las pruebas que reposan en el expediente, las únicas productoras en el mercado de espuma floral en Colombia eran para abril 30 de 2000, Decorcintas y S.O. Colombia.

Así las cosas y teniendo en cuenta los antecedentes que acaban de mencionarse este Despacho considera que el aviso cuestionado hace referencia a una prestación mercantil o a un establecimiento ajeno, en particular.

A juicio de este Despacho las afirmaciones contenidas en el aviso motivo de cuestionamiento son afirmaciones en las que si bien no se nombra a un comercializador específico, por las razones anotadas resulta claro que aluden a la sociedad Decorcintas toda vez que estaba de por medio el proceso de medidas cautelares promovido por S.O. en contra de aquella sociedad y cuya decisión en primera instancia se había proferido en marzo 8 de 2000, esto es, apenas unos días antes de ser publicado el aviso en abril 30 de 2000. En palabras del representante legal de la investigada: *"La compañía sacó en su momento un segundo aviso de prensa una vez obtuvo una providencia de medidas cautelares que había sido interpuesta por S.O. Colombia a Decorcintas Ltda."*. Es claro pues que el objeto de la publicación no era otro que la sociedad Decorcintas.

- La calidad de las espumas florales de Decorcintas

Es de anotar que no resultó demostrado que la calidad de las espumas florales producidas por Decorcintas fuera de baja calidad. Por el contrario, según testimonios²⁷ de personas con trayectoria de varios años en el ramo de la floristería, la calidad de la espuma floral producida por Decorcintas goza de buen reconocimiento entre sus consumidores²⁸.

²⁷ Testimonio de Nohora Cadena Colorado: PREGUNTA 3: Respecto a la calidad de la espuma floral que produce Decorcintas, qué concepto le merece.

RESPUESTA: Me merece muy buen concepto ahora que estoy segura que realmente no se abre, porque cuando me iban a vender el oasis de S.O. Colombia y yo decía pero por qué tan caro, me decían "es que es de mejor calidad, éste no se abre", entonces se hace uno la idea de que el otro si se iba a abrir hasta que le dije a Don Jorge Trujillo que me fabricara un oasis más grande, para que me sirviera para los arreglos de las iglesias, porque yo necesitaba que las flores duraran siquiera 15 días y la verdad me costaba trabajo aceptarlo de que eran iguales pero es que debido a la situación de recesión y tratar de economizar me dije, pues tengo que comprar El Americano para las iglesias, porque no puedo gastar el otro el de S.O. Colombia, por el precio. Y pude comprobar que las flores me duraban 15 días, que no era problema del oasis, o sea que las flores me podían durar igual si lo hacía en la una o en la otra.

PREGUNTA 4: A usted le han hecho algún comentario sobre la calidad del producto que fabrica Decorcintas, en caso afirmativo manifieste en qué han consistido dichos comentarios y qué personas se lo han hecho.

RESPUESTA: Es un poco lo mismo que dije en la pregunta anterior, porque fueron los vendedores los que me decían que el otro era de superior calidad, decían que se abría y decían que se le salía el agua al de El Americano, pero no es cierto.

²⁸ Testimonio de Augusto Montoya Buitrago: PREGUNTA 5: La espuma floral que usted adquiere de Decorcintas tiene alguna similitud con la espuma floral de S.O. Colombia.

RESPUESTA: Ambas espumas son buenas. Ambas espumas son parecidas. Se utilizan para lo mismo.

PREGUNTA 6: Respecto a la calidad de la espuma floral elaborada por Decorcintas qué concepto le merece.

RESPUESTA: En el tiempo que yo llevo vendiendo la espuma de Decorcintas, todos los conceptos que he recibido es que es buena.

PREGUNTA 7: Le han hecho a usted algún comentario distinto al que usted tiene sobre la calidad de los productos que le provee Decorcintas. En caso afirmativo manifieste en qué han consistido y qué personas lo han hecho.

RESPUESTA: De parte de los clientes no he recibido ningún concepto malo. Hasta que salió un aviso en el periódico en el año 2000, eso fue a principios de año, de S.O. Colombia, que había un producto malo en el mercado y pues debido a que no

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

Así, la afirmación consignada en el aviso según la cual las espumas florales de las que se advierte, son de baja calidad, no resulta ser exacta, verdadera y pertinente siendo por el contrario incorrecta o falsa y por tanto violatoria de la norma y constitutiva de competencia desleal. Esto, por cuanto para el Depacho la imposición de una medida cautelar no tiene relación con la calidad de un producto.

En cuanto al descrédito ocasionado como efecto de la conducta denunciada, éste se constata con los testimonios tanto de la señora Nohora Cadena Colorado²⁹ como del señor Augusto Montoya Buitrago³⁰, en

hay sino dos empresas que producen ese artículo, pues de una vez cayó todo sobre Decorcintas y también después concretando al vendedor de S.O. Colombia, el que había en ese momento cuyo nombre es Samuel pero el apellido no lo recuerdo, dijo que entonces ese producto lo iban a recoger por mala calidad.

²⁹ PREGUNTA 5: Manifieste si usted se ha enterado o ha leído o ha conocido alguna publicación que se haya hecho referente a una demanda y unas medidas cautelares que se iban a practicar a una fábrica de productos de espuma floral.

RESPUESTA: Sí. el año pasado, me visitó Don Darío, el vendedor que teníamos antes para la zona de S.O. Colombia y me mostró un oficio pero yo no lo leí, en el que según él, habían fallado a favor de S.O. Colombia y habían dado como una sentencia de que toda la mercancía de El Americano tenía que ser decomisada y que las floristerías no podíamos usar más ese producto, de manera que si yo lo compraba corría el riesgo de que la policía me lo decomisara, porque había orden de decomisar la espuma Americana de Decorcintas. Yo me asusté porque tenía unas cajas en la floristería, las mandé para una bodega que tengo muy cerca de la floristería, lógicamente hice un pedido a S.O. Colombia,, porque ya no iba a poder trabajar el otro y llamé a Don Jorge para preguntarle si eso era verdad.

PREGUNTA 6: De acuerdo a su respuesta anterior , manifieste al despacho si el vendedor al que usted se refiere de S.O. Colombia le manifestó en su comentario que las medidas cautelares que se iban a practicar eran directamente en contra de Decorcintas Ltda.

RESPUESTA: Sí.

PREGUNTA 7: Manifieste al despacho si en alguna oportunidad después del aviso en el periódico o con anterioridad, se le practicó a usted o a alguna otra persona dichas medidas cautelares.

RESPUESTA: No sabía que había salido en el periódico. Él me llevaba era como una hoja, la sentencia, pero no supe que se hubiera decomisado algo a alguien, pero sí estábamos como temerosos, sí. (...)

³⁰ PREGUNTA 7: Le han hecho a usted algún comentario distinto al que usted tiene sobre la calidad de los productos que le provee Decorcintas. En caso afirmativo manifieste en qué han consistido y qué personas lo han hecho.

RESPUESTA: De parte de los clientes no he recibido ningún concepto malo. Hasta que salió un aviso en el periódico en el año 2000, eso fue a principios de año, de S.O. Colombia, que había un producto malo en el mercado y pues debido a que no hay sino dos empresas que producen ese artículo, pues de una vez cayó todo sobre Decorcintas y también después concretando al vendedor de S.O. Colombia, el que había en ese momento cuyo nombre es Samuel pero el apellido no lo recuerdo, dijo que entonces ese producto lo iban a recoger por mala calidad.

PREGUNTA 8: Manifieste si usted aparte del aviso de prensa recibió una circular dirigida por S.O. Colombia a sus clientes, en la que en términos generales manifestaba que en este país no había lugar sino para un solo fabricante de espuma floral.

RESPUESTA: Sí se recibió una circular que le entregaron a todos los clientes analizando que el producto de Decorcintas iba a ser decomisado, entonces eso se llenó uno de nervios con esa mercancía, entonces nadie la quería comprar, entonces se llamó a Don Jorge Trujillo el propietario de Decorcintas, qué sucedía con el producto, entonces él nos contesta que tranquilos que su producto era legal, que "Nosotros tenemos las facturas legales entonces no pueden decomisarnos el producto así como así", entonces seguimos comprando el producto.

PREGUNTA 9: Para ampliar su respuesta anterior aclárenos básicamente a qué hacía alusión el aviso de prensa al que usted se refiere y más concretamente cuáles fueron los comentarios realizados por el vendedor de S.O. Colombia.

RESPUESTA: Cuando salió el aviso, no hay si no dos empresas en Colombia de esa espuma, el aviso se refería a que estaban sacando una espuma, un producto malo y que estaba regado en todo el país y en concepto de uno, uno decía "es Decorcintas", porque aquí en Colombia no hay sino dos empresas que fabrican la espuma, que son S.O. Colombia y

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

los cuales se refleja el impacto negativo que tuvo en los consumidores la información revelada en el aviso que se analiza, ya que la información que rondaba en el mercado tenía que ver con el decomiso de los productos de Decorcintas S.A, con el consiguiente desmedro económico que esto hubiera podido traer.

Concordante con lo expuesto, este Despacho encuentra probado que la denunciada incurrió en actos de descrédito con la reunión de los presupuestos establecidos en la norma.

6 Otras consideraciones respecto de algunas opiniones de Decorcintas sobre el informe motivado**6.1 La autoría del aviso**

Coincide en un todo este Despacho con la sociedad denunciante en cuanto a que el aviso aparecido el día 30 de abril de 2000 en el diario El Tiempo y el cual obra en el expediente, es de la autoría de S.O. sociedad que aquí figura como investigada. En efecto, como lo señala aquella, el representante legal lo admitió así al responder a la pregunta 5 del interrogatorio de parte que le fuera formulado.

6.2 Publicación en contra de Decorcintas

Afirma Decorcintas que el aviso en cuestión fue publicado en su contra y que esto fue admitido por el representante de S.O. en su interrogatorio.

También en ello coincide este Despacho toda vez que el representante legal de S.O. en su respuesta a la pregunta 9, admitió que su compañía ordenó tal publicación una vez obtuvo una providencia de medidas cautelares en contra de Decorcintas.

Como se desprende de la lectura de la pregunta y su respuesta, el declarante, al responder a la pregunta fijó en el tiempo³¹ la realización del acto de ordenar la publicación del aviso tantas veces mencionado.

6.3 El registro de importación de productos Lelly de Venezuela

Cuestiona Decorcintas el registro de importación de la Aduana de Cúcuta de fecha 2 de junio de 2000, manifestando que de acuerdo con la cantidad del producto importado y su valor, a su juicio se puede deducir que no es una cantidad que tenga incidencia en el mercado y dicha importación es de fecha posterior a la de publicación del aviso de prensa.

Sobre el particular, considera este Despacho que si bien el registro de importación de la Aduana de Cúcuta de la "Corporación Lelly de Venezuela C.A." tiene como fecha junio 2 de 2000, en cualquier caso

Decorcintas y ya después llegó el vendedor de S.O. Colombia con lo que le dije más atrás "Que ese producto lo iban a recoger por que era malo, que lo iban a decomisar el producto" eso venían con orden del Juzgado y todo, que eso no se podía vender, por que estaban engañando la gente con el producto.

PREGUNTA 10: Dentro de los comentarios escuchados por usted se hizo alusión a alguna demanda instaurada por S.O. Colombia contra Decorcintas.

RESPUESTA: Pues sí, se escuchó del vendedor que había una demanda, que por eso recogía el producto porque era ilegal.

PREGUNTA 11: Se sintió alguna vez con temor o intimidado por parte de S.O. Colombia respecto de que le iban a quitar o decomisar los productos elaborados por Decorcintas.

RESPUESTA: Temor sí sentimos todos, que la mayoría del capital está con productos de Decorcintas. Nosotros pedimos el apoyo del dueño de Decorcintas, ya lo he dicho atrás "que no nos preocupáramos que el producto era legal."

³¹ "La compañía saco en su momento un segundo aviso de prensa una vez obtuvo una providencia de medidas cautelares que había sido interpuesta por S.O. Colombia a Decorcintas Ltda. (...)"

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

sirve como soporte a la afirmación de S.O. en el sentido de que la espuma floral procedente de Venezuela sí ha entrado en algún momento en el país. Tal registro junto con la afirmación del testigo Augusto Montoyas quien declaró al responder a la pregunta 15 en su testimonio "(...) Ahí en un tiempo, unos 5 años atrás una espuma venezolana que estuvo aquí en el mercado en Colombia, tenía Oasis Lilly, industria venezolana (...)" permiten al Despacho concluir que en efecto, la marca Lilly, sí ha entrado en alguna ocasión en el país. Sin embargo, no se demostró que para abril 30 de 2000 o los meses inmediatamente precedentes tal espuma estuviera presente en el mercado colombiano, aspecto éste que es el que resulta verdaderamente relevante para los resultados de la investigación.

6.4 El certificado de Cámara y Comercio de Fabriport

En cuanto a que los certificados de existencia y representación legal a nombre de las sociedades Fomtec de Colombia Ltda. y Fabriport y Cía Ltda. como su nombre lo señala, tales certificados, "certifican la existencia" de las sociedades así como la persona que ha sido designada como su representante legal consideramos que el incumplimiento del deber legal de renovar oportunamente dicho certificado no puede asumirse de plano, como que la sociedad "ha desaparecido". Las sociedades, no desaparecen de hecho y hasta tanto no se registre la cuenta final de liquidación, no puede afirmarse ni asumirse, que una sociedad ha dejado de existir.

En cualquier caso no se trata aquí de determinar si las citadas sociedades se encuentran o no disueltas. El certificado de existencia y representación legal por sí mismo no logra demostrar que tales sociedades se encontraran "produciendo" espuma floral en Colombia para la época de los hechos. Tal circunstancia debió acreditarse, entonces, por otros medios probatorios.

6.5 La existencia de otras marcas de espuma floral en el país

Afirma Decorcintas que la existencia de otras marcas de espuma floral en el país hace unos 4 o 5 años no se ha negado y así se puede corroborar con la respuesta del testigo Augusto Montoya cuando al responder a la pregunta 15 manifestó "*En el momento no he conocido otros productos de espuma floral (...) Ahí en un tiempo, unos 5 años atrás una espuma venezolana que estuvo aquí en el mercado en Colombia, tenía oasis Lilly, industria venezolana y esa desapareció del mercado aquí en Colombia, no conozco los motivos (...)*" Afirma también que tanto el representante legal de Decoraciones y cintas Ltda. y la testigo Nohora Cadena Colorado lo aseveran en sus testimonios para concluir manifestando que más o menos desde 1995 o 1996 a la fecha no hay más productores de espuma floral en el país que S.O. y Decorcintas.

Sobre estas afirmaciones de Decorcintas, reiteramos que aunque resulta evidente que alguna vez hubo presencia de la espuma floral de marca Lilly importada de Venezuela en nuestro país, tal como se consignó en otros apartes de esta providencia, no resultó demostrado que la hubiera para abril 30 de 2000, aspecto relevante para la investigación.

6.6 El estudio de investigación de mercados aportado por S.O.

Manifiesta Decorcintas que en el estudio de mercado aportado por S.O. los únicos productos que se nombran en el mismo son Americano de Decorcintas, y Nova y Ultrafoam, ambos de S.O. Colombia. y en ningún momento se hace mención de otra marca de espuma floral que pueda producir una fábrica diferente. Aduce que tampoco se menciona allí ningún producto de Fomtec de Colombia Ltda. ni de Fabriport y Cía Ltda, ni de la marca Lilly de Venezuela y que es lógico pues estas dos sociedades no producen espuma floral desde hace más o menos 4 o 5 años y que esto también se prueba cuando S.O. aporta facturas de compra de estas dos fábricas de 1994. En cuanto a Lilly, se afirma que esta fábrica no exporta hacia Colombia su producto y ello se corrobora observando en el Manifiesto de Importación que

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

dicha importación fue realizada por una persona natural de Cúcuta llamada Esperanza Santos Palomino.

Al respecto este Despacho considera tal como se señaló en apartes anteriores, que las facturas de adquisición de productos en el año de 1994 no acreditan el hecho de su comercialización en el mercado colombiano para abril 30 de 2000, época en la que se publicó el aviso.

7 Prescripción

Mediante el escrito de descargos presentado por el apoderado de la sociedad investigada³² se alega la prescripción de que trata el artículo 23 de la Ley 256 de 1996. Se argumenta como sustento de la misma que la sociedad Decorcintas *"tuvo conocimiento de los hechos, cuando al menos, desde agosto de 1995, mes en el cual, según se afirma en el hecho número "DECIMO" (sic) los señores de Smither Oasis Colombia "sacaron un comunicado de prensa en el cual advertía a sus clientes "que personas inescrupulosas están sacando un producto de dudosa calidad, similares en color y apariencia externa ..."*

Y agregó *"De lo anterior se infiere que en el presente caso han transcurrido no solamente "dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto, sino más de "tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto", razones más que suficientes para que el Despacho proceda a declarar la prescripción de las acciones de competencia desleal que desde ahora mismo me permito alegar y en consecuencia deniegue la denuncia por competencia desleal presentada por Decoraciones y Cintas Ltda. Decorcintas contra S.O.Colombia."*

Sobre este particular el Despacho considera necesario precisar que el artículo 23 de la ley 256 de 1996 estableció dos clases de prescripción: la primera, de dos (2) años contados a partir del momento en que el "legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó la conducta desleal y otra, de tres (3) años, contados a partir de la realización del acto. Es evidente que la expresión en todo caso contenida en la norma en comento, fue establecida por el legislador para dar certeza jurídica a las relaciones entre particulares y evitar que el fenómeno prescriptivo dependiera exclusivamente de algo tan subjetivo como lo es el conocimiento que una persona haya tenido del hecho que pueda resultarle gravoso. Por lo tanto, sin importar si el afectado con el acto desleal conoció o no el hecho, la prescripción opera luego de transcurridos tres años de la realización de la conducta.

En el presente caso, el hecho que dio lugar a la apertura de la investigación que ahora se resuelve no consiste, como lo considera equivocadamente la sociedad S.O. Colombia, en un comunicado de prensa que los señores de Smither Oasis Colombia habrían sacado en agosto de 1995 sino en un hecho diferente, la publicación de un aviso en la página 2A del diario el Tiempo, cuyo texto ha sido transcrito en anteriores apartes de esta providencia, hecho ocurrido el día 30 de abril de 2000 tal como se señaló expresamente en el cuarto considerando de la resolución de apertura de investigación.

Así las cosas el término de tres (3) años contados a partir de la realización del acto, señalado en el artículo 23 de la Ley 256 de 1996, no ha transcurrido y por tal motivo la prescripción en cuestión no ha operado.

8 Monto de la sanción

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

³² Radicación 00042026-15.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

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

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

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

De conformidad con el número 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción, por violación de las normas de competencia.

En el caso materia de la presente investigación, como se desprende del análisis realizado a lo largo de la providencia proferida, la denunciada incurrió en actos de competencia desleal al vulnerar el artículo 12 de la Ley 256 de 1996, situación que debe estimarse en el monto de la sanción y determina la estimación de la misma en una suma equivalente a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que se encuentra dentro del rango legal establecido.

SEXTO. De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, concordante con los numerales 13 y 15 del artículo 4 del mismo texto, el 28 de mayo de 2002 se escuchó al Consejo Asesor.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

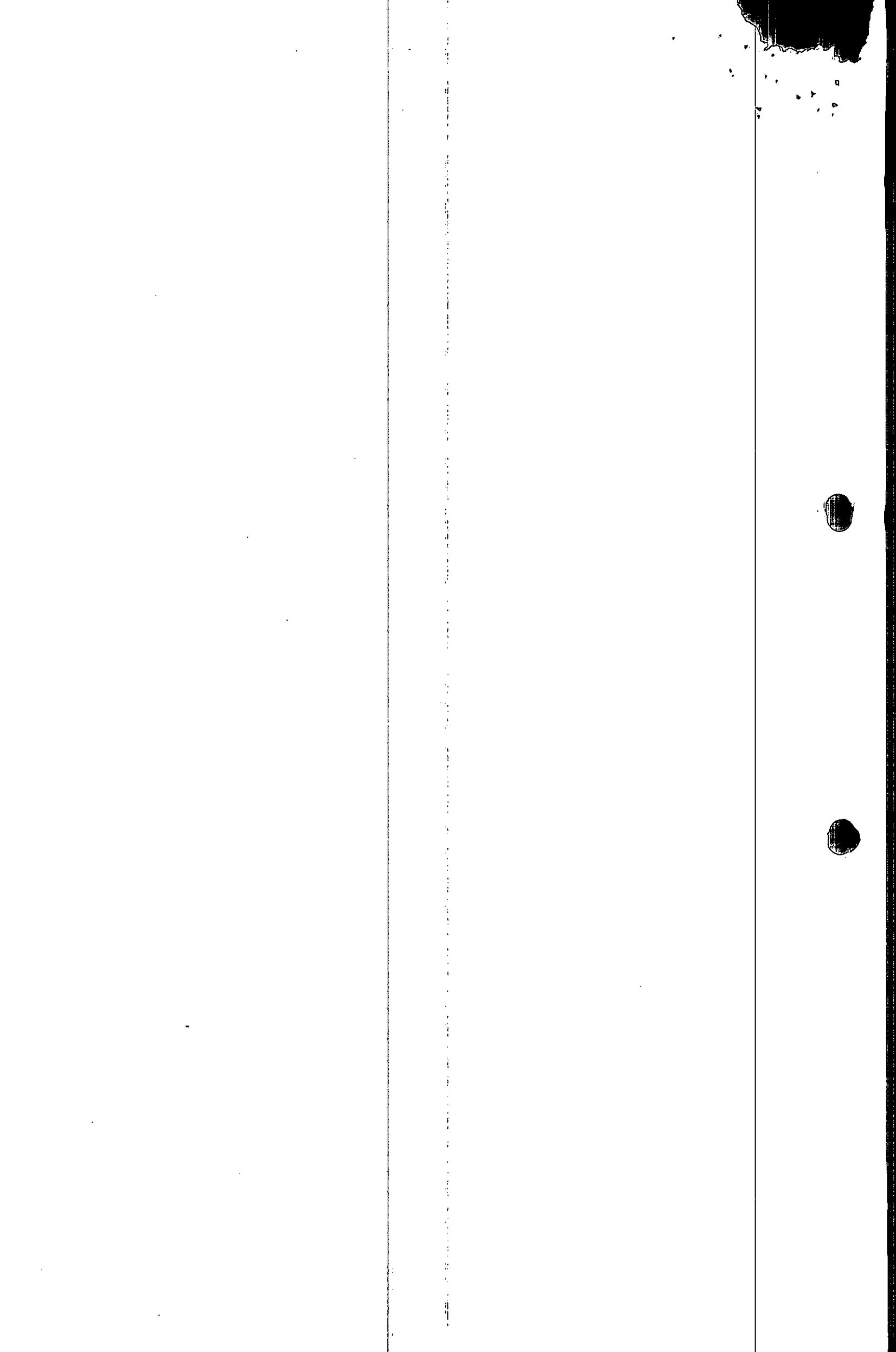
RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que el comportamiento objeto de investigación realizado por la sociedad S.O. Colombia Ltda., es ilegal por contravenir lo previsto en el artículo 12 de la ley 256 de 1996.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar a la sociedad S.O. Colombia Ltda., que termine definitivamente la conducta objeto de la presente resolución y se abstenga en el futuro de repetirla o de realizar actos equivalentes.

ARTÍCULO TERCERO: Decorcintas Ltda., como afectada por la conducta establecida en los artículos primero y segundo de esta providencia, cuenta con quince (15) días hábiles a partir de que esta resolución quede en firme para solicitar ante esta Superintendencia la liquidación de los perjuicios correspondientes, en los términos del parágrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a la sociedad S.O. Colombia Ltda., con matrícula



Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

391594-03, por la suma de veintisiete millones ochocientos diez mil pesos moneda legal (\$27'810.000.00).

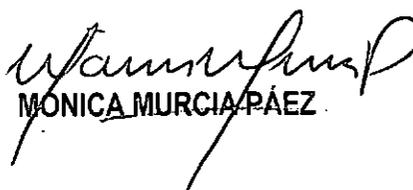
PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia al Banco Popular, sucursal Bogotá, cuenta No. 050-00110-6, código rentístico 03 a nombre de DTN Superindustria y Comercio, cuenta de recaudo nacional (formatos prenumerados) y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Notifíquese personalmente a los Doctores Jorge E. Vera Vargas y Sonia Patricia Mosquera Guerrero, apoderados de S.O. Colombia Ltda. y Decorcintas Ltda., en su orden, el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de la notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **21 JUN. 2002**

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificaciones:

Doctora
SONIA PATRICIA MOSQUERA GUERRERO
cc. 31.292.457
Apoderado especial
DECORACIONES Y CINTAS LTDA. DECORCINTAS
Carrera 7 N° 9 - 41 Sur
Bogotá D.C.

Doctor
JORGE E. VERA VARGAS
cc. 17.150.455
Apoderado especial
S. O. COLOMBIA LTDA.
Calle 70 A N° 11 - 43
Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 18449 de fecha 21/06/2002
fue notificada mediante edicto número 14487
fijado el 08/07/2002 y desfijado el 19/07/2002

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIA GENERAL

el 28 JUN. 2002 notifique personalmente el contenido

De la presente providencia a Señor Salvo de que

Identificado con la C.C. No. 51292412

Entregándole copia de la misma e informándole que

Procede el recurso de reposición ante el _____

Dentro de los (5) días hábiles siguientes a la presente

Notificación

