



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 21968 DE 2004

(7 SET. 2004)

Por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal

Radicación: 03108184

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por la ley 446 de 1998 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el señor Antonio José Chajin Mejía, en su condición de representante legal de la sociedad Óptica Andes Ltda., solicitó el 10 de diciembre de 2003 la iniciación del trámite pertinente orientado a que se declare que el señor Carlos Eduardo Morales Porras, propietario del establecimiento de comercio "Centro Óptico El Faraón", desarrolló los comportamientos contrarios a la leal competencia descritos en los artículos 7°, 8°, 10, 11, 15 y 18 de la ley 256 de 1996, relacionando como hechos constitutivos de tales infracciones los que a continuación se sintetizan:

Precisó en primer lugar que desde hace más de un año el demandado ha destinado a varios "pregoneros" para que recorran las calles cercanas a su establecimiento de comercio repartiendo volantes a través de los cuales promociona sus servicios, empleando a la vez todo tipo de expresiones verbales para descalificar y desacreditar a los restantes establecimientos comerciales del ramo de la óptica que se encuentran en el sector, incluido el del accionante.

Agregó el actor que los mencionados "pregoneros" se ocupan de abordar a los transeúntes que muestran su intención de ingresar a su establecimiento Óptica Andes, indicándoles "*...que el sitio que ellos ofertan es más barato y que donde piensan entrar son Ópticas donde deben robar a la gente, para poder pagar los arrendamientos, impuestos y servicios más caros.*", llegando en ocasiones incluso a "*...proferir toda clase de impropiedades y amenazas contra las personas y clientes que decidan utilizar nuestros servicios.*"

Afirmó, igualmente, que el demandado se aprovecha "*...en forma ilegal e indebida...*", de la circunstancia de que el en sector "*...funcionan acreditados y reconocidos establecimientos dedicados al negocio de la Óptica en general...*".

SEGUNDO: Que con fundamento en la solicitud a la que viene de hacerse referencia en el considerando precedente, se inició el correspondiente proceso mediante la expedición, por parte del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, de la resolución No. 511 del 23 de enero de 2004.

TERCERO: Que notificado el acto administrativo que dispuso la iniciación de la presente actuación y vencido el término otorgado al accionado para que solicitara y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer dentro de la misma, sin que éste se pronunciara, se

Por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal

dispuso, mediante auto No. 1015 del 29 de marzo de 2004, la realización de audiencia de conciliación, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la ley 640 de 2001. La parte accionada no compareció en la fecha señalada para su celebración, según consta a folio 26 del expediente.

CUARTO: Que mediante auto No. 1402 del 23 de abril de 2004, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia se pronunció sobre el decreto y rechazo de pruebas dentro del presente proceso, ordenando tener en cuenta como tales las documentales aportadas por el actor y rechazando *in limine*, con amparo en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, las testimoniales solicitadas por este mismo sujeto, por no cumplir los presupuestos previstos por el artículo 219 del citado estatuto procesal.

QUINTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto para la presente acción, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia presentó ante este Despacho el correspondiente informe motivado a través del cual conceptuó que *"...la conducta del señor Carlos Eduardo Morales Porras, propietario del establecimiento de comercio denominado 'Centro Óptico El Faraón', no se enmarcó en los actos de competencia desleal descritos en los artículos 7°, 8°, 10, 11, 15 y 18 de la Ley 256 de 1996."*

De este informe motivado se dio traslado a quienes intervienen en el proceso sin que ninguno de ellos aportara alegatos de conclusión.

SEXTO: Que habiéndose surtido las diferentes etapas del trámite legalmente establecido para esta acción, procede este Despacho a decidir el presente proceso en los siguientes términos:

6.1. Consideraciones generales

Antes de abordar el examen individual de cada uno de los cargos formulados por el actor, es conveniente señalar que se encuentran satisfechos los supuestos generales previstos por la ley 256 de 1996 para la procedencia de la acción por competencia desleal, tal como se señaló en el informe motivado, como quiera que los comportamientos materia de examen se advierten ejecutados con la clara finalidad de concurrir en el mercado nacional, por comerciantes entre quienes existe una indiscutible relación de competencia, encontrándose legitimados en consecuencia tanto por la vía activa como por la pasiva.

Precisado lo anterior y con el fin de adelantar la valoración pertinente respecto de los comportamientos descritos por el actor como presuntamente contrarios a la leal competencia, es necesario precisar que es la lealtad en los mecanismos empleados para competir por parte de quienes participan en un mercado, el bien jurídico por cuyo amparo propende la ley 256 de 1996.

Así las cosas, habrá de establecerse en esta decisión si con fundamento en el acervo probatorio allegado al presente diligenciamiento se ha demostrado la realización de cada uno de los comportamientos a que se refiere el accionante y si se puede concluir que los mismos se enmarcan dentro de las previsiones de los artículos 7°, 8°, 10, 11, 15 y 18 de la ley 256 de 1996, como pretende el actor que se declare por parte de esta entidad.

Para asumir adecuadamente el examen anunciado, resulta procedente precisar de antemano los hechos que se encuentran debidamente demostrados dentro del proceso, de acuerdo con los elementos demostrativos allegados al mismo por la parte actora, única que intervino dentro del trámite con tal propósito.

En efecto, se encuentra demostrada la existencia de la sociedad accionante, su representación legal en cabeza del señor Antonio José Chajin Mejía así como el hecho de

Por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal

que cuenta con el establecimiento de comercio "Óptica Andes". Del mismo modo, se estableció que el objeto social de Óptica Andes Ltda. es la compra, venta, distribución, importación y exportación de monturas, lentes, artículos ópticos, elementos de antiojería, así como aparatos para la medición y diagnóstico optométrico¹.

Igualmente, quedó demostrado que el señor Carlos Eduardo Morales Porras es propietario del establecimiento de comercio "Centro Óptico El Faraón" y que su actividad económica es el comercio al por menor de monturas y armaduras para gafas y despacho de fórmulas².

6.2. De los cargos en particular

Dado que son seis los cargos formulados por el actor, aunque en distinto orden al propuesto por el demandante, habrá de asumirse en forma independiente su examen como quiera que cada uno de los supuestos requiere para su configuración de la concurrencia de diversos elementos específicos.

6.2.1. Actos de confusión

De acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la ley 256 de 1996, "...se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.", esto es, la creación de actividades, prestaciones o establecimientos similares a los del competidor afectado, gracias a lo cual el consumidor víctima de la confusión generada por el partícipe desleal en el mercado, opta por el producto de este último bajo la convicción de que se trata del ofrecido por aquél.

Debe entenderse, en consecuencia, que son actos de confusión aquellos que afectan el principio de transparencia en el mercado, de acuerdo con el cual es el consumidor quien determina el éxito o el fracaso de quienes compiten en el mercado, por lo que debe tener la libertad de decisión y la libertad de ejercer el juicio de racionalidad económica y de oportunidad, motivo por el cual la confusión en las ofertas afecta la adecuada transparencia y discriminación de las mismas, impidiendo u obstaculizando el papel que le compete al consumidor.

En el presente caso, el accionante sostiene que tales actos de confusión se concretaron por parte del demandado mediante la utilización de "pregoneros" que, valiéndose de panfletos y otra suerte de arengas dirigidas a los potenciales consumidores de Óptica Andes, les crearon a estos últimos una impresión equivocada sobre el ofrecimiento por parte del Centro Óptico El Faraón, de mejores servicios a precios más bajos.

En primer lugar, como claramente se advierte de la situación fáctica anotada, tal proceder no corresponde a la descripción normativa *sub exámine*, pues lo que refiere el actor no corresponde a un acto de confusión como el proscrito en dicho precepto, ya que se echa de menos el desarrollo por parte del demandado de actividades, prestaciones o la concepción de un establecimiento de comercio semejantes a los de Óptica Andes, cuyo efecto fuera o pudiera haber sido el de crear confusión en los consumidores. No existió, pues, la facilidad de asociación requerida para la materialización de esta infracción a la leal competencia.

En adición, revisado el contenido general de los volantes aportados como prueba³, se vislumbra con facilidad que anuncian un establecimiento de comercio que no ofrece

¹ Folios 9 y 10 del expediente.

² Folio 11 del expediente.

³ Folio 6 del expediente.

Por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal

confusión alguna con aquel de propiedad del actor, pues su denominación es sustancialmente distinta y no contiene cosa distinta al ofrecimiento de prestaciones cuya semejanza genérica con las del demandante no se aparta de los límites legales.

Se desestima, en consecuencia, el cargo analizado.

6.2.2. Actos de engaño

El artículo 11 de la ley 256 de 1996, prescribe que "*... se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.*", presumiendo "*...desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.*".

En esta hipótesis normativa, se pretende proscribir todo comportamiento de un partícipe en el mercado en el cual, mediante el empleo de afirmaciones o referencias incorrectas, imprecisas o falsas, o a través de la pretermisión de las verdaderas, el potencial consumidor se forme un concepto errado respecto de las prestaciones o establecimiento ajenos, con la consecuente variación de su decisión, motivado por el falso juicio que el actor desleal le ha creado acerca de su competidor.

Ahora bien, los hechos presuntamente constitutivos de este comportamiento desleal, son los mismos sobre los cuales el actor pretendió edificar el cargo por la comisión de actos de confusión que viene de analizarse, los cuales - como acertadamente se plasmó en el informe motivado - no fueron demostrados en el curso de la presente actuación pues mal podría entenderse que con fotografías⁴ pueden ser probadas manifestaciones verbales, como tampoco es viable a través del contenido de la diligencia de amonestación en privado⁵, del que sólo se infiere la existencia de los repartidores de volantes a costa del demandado.

En efecto, el actor señaló que lo actos de engaño tienen origen en la utilización de "pregoneros" que, valiéndose de panfletos y otra suerte de arengas dirigidas a los potenciales consumidores de Óptica Andes, les crearon a estos últimos una impresión equivocada sobre el ofrecimiento por parte del Centro Óptico El Faraón, de mejores servicios a precios más bajos, actos éstos que carecen de sustento probatorio.

En el anterior orden de ideas, debe este Despacho desestimar igualmente el presente cargo.

6.2.3. Actos de explotación de la reputación ajena

Este comportamiento se encuentra descrito en el artículo 15 de la ley 256 de 1996, en el que se precisa que "*Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*", considerando igualmente 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 de*

⁴ Folio 7 del expediente.

⁵ Folios 8 y 12 del expediente.

Por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal

expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase», «género», «manera», «imitación», y similares.».

Como acertadamente se indicó en el informe motivado presentado por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, esta hipótesis normativa corresponde a la que la doctrina ha sido denominado "*competencia parasitaria*", en la medida en que el partícipe en el mercado logra un posicionamiento dentro del mismo, como consecuencia del aprovechamiento de la notoriedad o popularidad de la que goza otro competidor y a costa incluso del esfuerzo económico de éste, generalmente mediante la utilización no autorizada de signos distintivos.

Respecto de este cargo en particular, es conveniente señalar cual es la premisa fáctica sobre la cual se basa el actor, con el fin de establecer si el comportamiento desleal descrito tuvo lugar o no en el presente caso.

Sobre el particular, basta anotar que según las aseveraciones del demandante, el accionado se aprovecha indebida e ilegalmente con la distribución de volantes, del hecho de que en el sector de la calle 19, entre carreras 8 y 10, funcionan varios establecimientos de comercio acreditados y reconocidos, dedicados a la misma actividad económica.

Planteado en estos términos el hecho constitutivo de la conducta, es evidente que se aparta de la descripción normativa consignada en el artículo 15 de la ley 256 de 1996, como quiera que no se vislumbra en modo alguno la realización de un comportamiento del cual el demandando derivara directamente un aprovechamiento a partir de la reputación del actor, sino que se limitó a ubicar su establecimiento de comercio en un sector en el que funcionan otros tantos dedicados a idéntica actividad mercantil, circunstancia de hecho habitual en el mercado, sin que implique –se insiste– un acto desleal de explotación de la reputación ajena.

El repartir volantes publicitarios en las cercanías de su establecimiento de comercio por parte del accionado, en especial luego de analizar el contenido de los mismos, no constituye un acto de explotación de la reputación del demandante y, menos aún, un aprovechamiento general de la reputación de otros establecimientos de comercio, no determinados, sin que importe para el efecto su reconocimiento y tradición en la zona.

Es más, debe recordarse sobre el particular, que de acuerdo con otras afirmaciones del actor, el comportamiento supuestamente desplegado por el demandado, lejos de explotar la reputación de Óptica Andes, se dirigía a denigrar de la misma, situación que se torna abiertamente contradictoria.

Con estas precisiones, se estima que la conducta del demandado no constituye un acto de competencia desleal por explotación de la reputación ajena.

6.2.4. Violación de normas

Al tenor de lo normado por el artículo 18 de la ley 256 de 1996, "*Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.*".

El precitado artículo 18 reprime un comportamiento desplegado por un partícipe en el mercado gracias al cual deriva una ventaja competitiva representativa de la infracción de una norma jurídica, deduciéndose de lo anterior la existencia de tres elementos esenciales para su materialización, como son la determinación de una norma jurídica violada, la obtención de una ventaja competitiva representativa y, finalmente, el nexo causal entre éstas.

Por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal

Visto lo anterior, una vez más es preciso referirse a los hechos que el actor considera como constitutivos de la infracción a la leal competencia, para llevar a cabo la necesaria confrontación con la norma. En este aspecto, se infiere que la conducta correspondería a la presunta infracción por parte del demandado, de las "... normas de comercio por las cuales se determinan los cánones y primas de arrendamiento de acuerdo con la ubicación."

Revisado el expediente, no existe evidencia alguna del desconocimiento por parte del señor Carlos Eduardo Morales Porras, en su condición de propietario del establecimiento de comercio "Centro Óptico El Faraón", de normas urbanísticas o tributarias en el ejercicio de su actividad económica y, menos aún, la obtención de una ventaja significativa derivada de tal infracción, razón por la cual es de recibo la aseveración contenida en el informe motivado, en relación con la ausencia de pruebas que soporten el cargo en estudio, por lo que igualmente habrá de desestimarse.

6.2.5. Actos de desviación de clientela

Se consagra en el artículo 8 de la ley 256 de 1996, la previsión según la cual se cataloga como desleal "...toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial."

Es necesario señalar al respecto, como lo destaca el informe motivado presentado en esta actuación, que es de la esencia de la competencia económica el que los partícipes en el mercado desplieguen todas las acciones necesarias orientadas al afianzamiento de las relaciones comerciales con sus clientes así como a la adquisición de una nueva clientela.

Sin embargo, ese conjunto de actuaciones deben enmarcarse en todo caso dentro de los límites de la buena fe comercial, so pena de ser calificadas como desleales al amparo de la previsión normativa *sub exámine*.

Ahora bien, el quehacer presuntamente constitutivo de este acto de competencia desleal, se centra en la ubicación de personas en la vía pública por parte del accionado que, mediante inducción en error y confusión, desvían los clientes de la Óptica Andes hacia el establecimiento Centro Óptico El Faraón.

En el presente caso está demostrada una conducta destinada a la desviación u orientación de la clientela hacia el establecimiento de comercio Centro Óptico El Faraón, constituida por la repartición o distribución de volantes publicitarios, tal como se verificó a lo largo de la actuación, mas no existe evidencia alguna que sugiera la utilización de algún mecanismo contrario a la buena fe comercial, puesto que, como ha quedado consignado en este escrito, nunca se probó la realización de actos de engaño o confusión por parte del demandado, circunstancias éstas que conllevan la desestimación del cargo.

6.2.6. Prohibición general

De acuerdo con el artículo 7° de la ley 256 de 1996 "*Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.*", considerándose así "...que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado."

Por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal

En relación con este precepto normativo, es oportuno destacar que su vulneración se desprende, para el actor, del conjunto integral de conductas descritas como desleales en el documento contentivo de la denuncia.

Así las cosas y con base en las consideraciones que preceden, este Despacho concluye que este cargo debe ser igualmente desestimado, como quiera con el acervo probatorio aportado por el accionante no se llegó a demostrar la realización de conductas contrarias a la buena fe comercial, a los usos honestos en materia comercial o a las sanas costumbres mercantiles.

SÉPTIMO: Que con fundamento en las pruebas allegadas, este Despacho encuentra que no se demostró que el señor Carlos Eduardo Morales Porras, propietario del establecimiento de comercio "Centro Óptico El Faraón", hubiera realizado conductas constitutivas de los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7°, 8°, 10, 11, 15 y 18 de la ley 256 de 1996.

En mérito de expuesto, este Despacho, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar infundadas las pretensiones incoadas por la sociedad Óptica Andes Ltda., contra el señor Carlos Eduardo Morales Porras, propietario del establecimiento de comercio "Centro Óptico El Faraón", por los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7°, 8°, 10, 11, 15 y 18 de la ley 256 de 1996, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Condenar en costas a la sociedad Óptica Andes Ltda.

ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al señor Antonio José Chajín Mejía, en su calidad de representante legal de la sociedad Óptica Andes Ltda. y al señor Carlos Eduardo Morales Porras, propietario del establecimiento de comercio "Centro Óptico El Faraón", entregándoles copia de la misma e informándoles que procede el recurso de apelación interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los 7 SET. 2004


JAIRO RUBIO ESCOBAR
Superintendente de Industria y Comercio

Notificaciones:

Por la cual se resuelve un proceso por competencia desleal

Señor

ANTONIO JOSÉ CHAJIN MEJÍA

Representante legal

ÓPTICA ANDES LTDA.

NIT. 830.089.750-1

Calle 19 No. 9 - 21

Bogotá D. C.

Señor

CARLOS EDUARDO MORALES PORRAS

C. C. 79.581.959

Propietario del establecimiento de comercio Centro Óptico El Faraón

Carrera 9 No. 18 – 51, local 111

Bogotá D. C.