



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Despacho del Superintendente de Industria y Comercio

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil nueve (2009)

Sentencia No. 002

Expediente 04082619

Demandante: NABONASAR MARTÍNEZ & COMPAÑÍA S.A.

Demandado: YOLANDA DUQUE DE RESTREPO

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por NABONASAR MARTÍNEZ & COMPAÑÍA S.A., contra YOLANDA DUQUE DE RESTREPO, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1 Los hechos de la demanda:

- Adujo la accionante que Nabonasar Martínez & Cía. S.A. es una sociedad mercantil que desde el año de 1939 se dedica, entre otras cosas, a la fabricación, distribución y venta de tintes para todo tipo de telas. Señaló que es titular en Colombia del nombre comercial “Nabonasar Martínez & Cía” porque lo ha usado desde 1983, así como de la marca “Iris”, con la cual identifica en el mercado el producto (tinte) al que se ha hecho referencia, debido a que la registró ante esta Superintendencia.
- Aseveró la actora que la señora Yolanda Duque de Restrepo tiene la calidad de comerciante inscrita en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Medellín, y que es propietaria del establecimiento de comercio denominado Laboratorio y Distribuciones Yoma, a través del cual desarrolla la actividad comercial consistente en la “*producción de líquidos no estériles y empaque y distribución de droga blanda y productos farmacéuticos*” (fl. 5, cdno. 1).
- Según apuntó, desde el mes de febrero de 2003 la señora Duque de Restrepo ha venido incurriendo en los actos de competencia desleal previstos en los artículos 8º (desviación de la clientela), 10º (confusión), 11º (engaño), 14º (imitación) y 15º (explotación de la reputación ajena) previstos en la Ley 256 de 1996, debido a que, a través de su establecimiento de comercio, produce y comercializa un tinte para telas que ofrece al mercado mediante la utilización exacta de los signos distintivos (nombre comercial y marca) de la demandante, así como de un empaque idéntico al empleado por esta sociedad mercantil, falsificación que impide diferenciar el producto original, elaborado por la actora, de la imitación desarrollada por la demandada.
- La demandante afirmó que la ahora demandada “*imita de manera exacta y minuciosa las marcas registradas IRIS, de la sociedad NABONASAR MARTÍNEZ & CÍA. S.A., con el fin de confundir al público consumidor respecto al origen*”

empresarial de los productos y para aprovecharse de la reputación, reconocimiento y buen nombre” de dicha sociedad mercantil (fl. 7, cdno, 1).

1.2. Pretensiones:

Del escrito de acción se infiere que las pretensiones de la actora corresponden a las establecidas para la acción declarativa y de condena, de conformidad con el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996¹. En efecto, la accionante solicitó que se declarara que su contraparte cometió los actos de competencia desleal previstos en los artículos 8º, 10º, 11º, 14º y 15º de la Ley 256 de 1996, mencionando expresamente que los actos que imputa a la demandada son contrarios a los parámetros normativos previstos en el artículo 7º, *ibídem*. Consecuencialmente, pidió que se ordenara a la señora Duque de Restrepo suspender la utilización de la marca Iris, retirar del mercado todo producto que ofrezca mediante la utilización de dicho signo distintivo e indemnizar a la actora por los perjuicios que las conductas desleales mencionadas le ocasionaron (fls. 1 y 2, cdno. 1).

1.3. Admisión de la demanda:

Con fundamento en la solicitud antes referida se profirió la resolución número 25000 del 30 de septiembre de 2004, por medio de la cual se inició el trámite que ocupa al Despacho².

1.4. Contestación de la demanda:

La señora Duque de Restrepo se opuso a las pretensiones incoadas en el libelo introductorio de este proceso. Manifestó que ella no cuenta con la capacidad ni con la maquinaria suficientes para producir, por sí misma, ningún tipo de tinte, ni tampoco para elaborar los empaques y las etiquetas del producto que la demandante identifica en el mercado con la marca Iris. Añadió que los documentos aportados por la demandante con su escrito de acción acreditan que esa sociedad mercantil reconoce “*que está siendo sujeto de una falsificación de su producto TINTE marca IRIS a nivel nacional, sin identificar, señalar o imputar a mi representada (la demandada, valga aclararlo) como directa responsable de esta presunta imitación*” (fl. 102, cdno. 1).

Aseveró la demandada que si bien es cierto que entre los años 2001 y 2004 vendió “*accidentalmente*” dos cajas de tinte Iris a \$12.840, esos productos los adquirió de buena fe en establecimientos de comercio ubicados en el centro de Medellín, convencida que se trataba de artículos originales porque, además de ser de venta libre, “*se destacan por anunciar en sus etiquetas a la sociedad NABONASAR MARTÍNEZ & CIA S.A. como fabricante*” (fl. 103, cdno. 1), sin que, en su concepto, haya forma de diferenciar los tintes verdaderamente elaborados por la mencionada sociedad mercantil, de los que no lo son.

La opositora afirmó que de imputársele a ella las conductas desleales señaladas por la demandante en el escrito de acción por el simple hecho de haber revendido una cantidad exigua del producto falsificado, sin sospechar que el tinte que comercializó no era el elaborado por la actora, “*se debería investigar igualmente a los establecimientos de*

1 Escrito de Acción, folio 1, cdno. 1.

2 Ver folios 205 a 207, cdno. 1.

comercio denominados CACHARRERÍA GLORISTY, CACHARRERÍA ARISTIZABAL, DISTRIBUIDORA HAIMAR, VARIEDADES HUILA, domiciliados en la ciudad de Medellín, por ser quienes directamente distribuyen y comercializan los productos distinguidos con la marca IRIS, anunciándolos como productos fabricados por la sociedad NABONASAR MARTÍNEZ & CÍA S.A.” (fl. 102, cdno. 1).

1.5. Audiencia de conciliación y decreto de pruebas del proceso:

Vencido el término para contestar la demanda, en aplicación de las facultades conferidas en los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998 y de la Ley 640 de 2001, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación por medio de auto 00121 del 26 de enero de 2005, sin lograrse acuerdo que terminara el litigio³.

Mediante auto No. 1114 del 30 de marzo de 2005⁴, se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes.

1.6. Alegatos de conclusión:

Practicadas las pruebas decretadas en el proceso y vencido el término probatorio, el Despacho, mediante auto No. 4094 del 23 de agosto de 2006, corrió traslado a las partes para alegar, conforme lo dispone el artículo 414 del C. de P. C⁵.

Dentro del término de traslado sólo la parte demandante alegó de conclusión, reiterando su solicitud de declarar probados los hechos de la demanda y, en consecuencia, insistiendo en sus pretensiones⁶. Manifestó la actora, en la comentada oportunidad, que la señora Duque de Restrepo debía saber que el producto tinte Iris que comercializó entre los años 2003 y 2004 no era original, pues durante 1995 y 1997 adquirió los tintes fabricados por la demandante directamente de esa sociedad mercantil. Agregó la accionante que debe tenerse por probada la capacidad de la demandada para producir tintes, puesto que ella es química farmacéutica, cuenta en su establecimiento con máquinas que podrían servir para tales propósitos y, además, porque las máquinas necesarias para la fabricación de tinte pudieron haber sido retiradas de dicho establecimiento durante la realización del dictamen pericial practicado en este asunto.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Habiéndose agotado las etapas procesales y no presentándose nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

3 Folios 220 a 223, cdno. 2.

4 Folios 227 a 232, cdno. 2.

5 Folio 28, cdno. 4.

6 Folios 30 y ss., cdno. 4.

2.1. La litis:

En el presente asunto se sometió a debate judicial la supuesta deslealtad competitiva en que habría incurrido la señora Duque de Restrepo porque, según la actora, la demandada a través de su establecimiento de comercio produce y comercializa un tinte para telas que ofrece al mercado mediante la utilización exacta de los signos distintivos (nombre comercial y marca) de la demandante, así como de un empaque idéntico al empleado por esta sociedad mercantil para presentar sus productos ante los consumidores, sin que entre las partes del proceso existiera relación comercial alguna que habilitara a la opositora para ejecutar los actos descritos.

Acorde con el escrito de acción, las conductas descritas desconocen los parámetros normativos contemplados en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996 y, además, constituyen actos de desviación de la clientela, confusión, engaño, imitación y explotación de la reputación ajena, los que están previstos en los artículos 8º, 10º, 11º, 14º y 15º, *ibídem*.

2.2. Legitimación:

2.2.1. Legitimación por activa

El artículo 21 de la Ley 256 de 1996 establece que “...*cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley*”.

En este asunto se encuentra acreditado que Nabonasar Martínez & Cía. S.A. participa en el mercado a través de la venta de, entre otros productos, el tinte para todo tipo de telas distinguido con la marca Iris. Así se colige de la certificación que con base en los registros contables de la sociedad mercantil demandante expidió su revisor fiscal, señor Luis Enrique Díaz Torres, en el que se informa sobre la producción y venta del aludido tinte para telas durante los años 2002 y 2003 (fl. 64, cdno. 1). En el mismo sentido, obra a folios copia de los libros de contabilidad de la referida demandante, que dan cuenta de la relación de productos que ella vendió entre los años 2002 y 2004 (fls. 442 a 446, cdno. 3), información que avaló el contador Humberto Puerta Gómez, perito designado para el presente proceso (fls. 334 y ss., cdno. 3).

Ha de resaltarse que la realización de los actos de competencia desleal imputados a la señora Duque de Restrepo, consistentes -en resumen- en la falsificación del tinte para telas marca Iris, afecta los intereses económicos de la demandante, pues su clientela podría ser desviada en beneficio del autor de tales actos desleales, circunstancia que, evidentemente, privaría a Nabonasar Martínez & Cía. S.A. de los beneficios pecuniarios que persigue mediante el desarrollo de su objeto social.

2.2.2. Legitimación por pasiva

Acorde con el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, “[/]as acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal”.

De conformidad con lo que la actora manifestó en su escrito de acción, los actos cuya deslealtad se predica en este proceso bien pueden ser agrupados en dos tipos de conductas: (a) la producción y (b) la venta de un tinte para telas que, a pesar de no ser elaborado por Nabonasar Martínez & Cía. S.A., es ofrecido al mercado mediante la utilización exacta, tanto de los signos distintivos de esa sociedad mercantil, como de los empaques con los que ella presenta sus productos a los consumidores. En virtud de lo recién anotado, el presente examen de legitimación, que se desarrollará con independencia del análisis de lealtad o deslealtad de los actos imputados a la demandada, se realizará en forma separada respecto de cada una de las conductas señaladas.

(a) Producción del “tinte falso”⁷.

Conviene precisar, de entrada, que la demandada no es la llamada a soportar la acción en referencia en lo estrictamente relacionado con la producción del tinte que acá importa, debido a que, como enseguida se tratará con mayor detalle, además que la sociedad mercantil accionante no acreditó que la señora Duque de Restrepo elabora el producto en cuestión, esta última aportó pruebas que desvirtúan la imputación que realizó su contraparte.

En efecto, nótese que el único elemento probatorio que allegó la accionante para demostrar que la demandada produce el “tinte falso” fue la declaración de Jhon Jairo Palacio Guisao, quien en forma un tanto equívoca afirmó, en la declaración extrajudicial recogida en el documento obrante a folio 55 del cuaderno 1 y al rendir testimonio para el presente proceso (fls. 265 a 271, cdno. 2), que fue contratado por el apoderado judicial de la demandante para identificar la fuente de la falsificación que a nivel nacional se está desarrollando respecto del producto tinte Iris; que en cumplimiento de ese cometido, durante el mes de diciembre de 2003 adquirió en el establecimiento de comercio de propiedad de la demandada una pequeña cantidad (1 caja) del referido “tinte falso”, y que la señora Duque de Restrepo le informó, en esa oportunidad, que ella lo producía.

La conclusión del interpelado investigador, según la cual la señora Duque de Restrepo producía el tinte que acá interesa, no es suficiente para respaldar el éxito de las pretensiones de la demanda. Ciertamente, según lo declaró el mismo señor Palacio Guisao al rendir testimonio, aunque él fue contratado por el apoderado de la demandante para ubicar la fuente de una falsificación a nivel nacional (fls. 266 y 267, cdno. 2), le bastó dirigirse al establecimiento de comercio que le señaló la apoderada judicial sustituta de Nabonasar Martínez & Cía. S.A. (dra. María José Lamus, fl. 267, cdno. 2), el de la demandada, y adquirir allí una caja de “tinte falso” para concluir, sin examinar la

7 Con la expresión “tinte falso” se designará el tinte para telas que, sin ser fabricado por Nabonasar Martínez & Cía. S.A., se presenta ante el mercado en empaques idénticos a los que usa dicha sociedad mercantil y mediante la utilización exacta de sus signos distintivos (nombre comercial y marca).

infraestructura del lugar, la maquinaria o la fuerza laboral con la que contaba su propietaria (fls. 268 y 269, cdno, 2) y sin referir ningún tipo de fundamento adicional a la compra que realizó (de una sola caja del producto), que la señora Duque de Restrepo abastecía, a nivel nacional -valga reiterarlo-, el mercado de tintes con un producto falsificado en cantidad suficiente para reducir las ventas de la demandante, entre los años 2003 y 2005, en cuantía de \$842'691.465, suma esta que refirió el perito Humberto Puerta Gómez como el monto total de pérdidas causadas a la demandante con ocasión de la falsificación de su producto (fl. 352, cdno. 3).

En adición a lo recién anotado, es del caso señalar que si bien el declarante afirmó que la ahora demandada le informó que ella producía el “tinte falso” (fl. 269, cdno, 2), lo cierto es que no se aportó ningún elemento de prueba que respalde la aludida afirmación, que, en todo caso, resulta contradictoria respecto de la posición procesal que asumió la demandante. Lo anterior es claro, pues si se acusa a la señora Duque de Restrepo de aprovecharse de la reputación de Nabonasar Martínez & Cía. S.A. con el fin de engañar a los consumidores de tintes para telas y hacerles creer que adquieren un producto elaborado por la referida persona jurídica, sin que ello sea cierto, ninguna explicación tendría que la mencionada opositora informara a sus potenciales clientes que no es Nabonasar Martínez & Cía. S.A., titular de la reputación que pretende usurpar, quien elabora el producto que ofrece, sino que es ella misma quien lo fabrica y que, por lo tanto, es una falsificación.

De otra parte, la demandante adujo que con el documento que aportó en copia simple, correspondiente, según lo apuntó, a la resolución de preclusión de la investigación penal adelantada por la Fiscalía 47 Seccional Delegada de Medellín contra Eliécer de Jesús Bustamante Lopera (fls. 212 a 217, cdno. 1), se demostró que su contraparte produce el “tinte falso”. No obstante, además que el aludido documento no puede ser apreciado como prueba debido a que no se cumplió con ninguno de los requerimientos previstos en el artículo 185 del C. de P. C. para la validez de las pruebas trasladadas, aún si, en gracia de discusión, se admitiera su valor probatorio, de esa documental no podría concluirse que la señora Duque de Restrepo produce el tinte que interesa a las resultas de este proceso, puesto que únicamente refiere que *“en el Laboratorio y distribuciones YOMA lo venden (el tinte Iris, debe aclararse) al precio de 812 pesos la unidad”* (fl. 215, cdno. 1).

Decantado lo anterior y visto que la parte actora no demostró que la señora Duque de Restrepo produjera el “tinte falso”, justo es destacar las pruebas que permiten concluir que, contrario a lo afirmado en el escrito de acción, no se acreditó que la mencionada opositora fabrique el aludido tinte.

Así, aún cuando ya está claro que no se probó que la demandada concurriera al mercado de tintes en calidad de fabricante de ese producto, cumple poner de presente que en este caso tampoco se acreditó que la señora Duque de Restrepo contara con los elementos técnicos necesarios para la elaboración del “tinte falso”. Ninguno de los documentos fotográficos que aportó el perito Humberto Puerta Gómez al rendir su dictamen (fls. 668 a 673, cdno, 3) dan cuenta de que en el establecimiento de comercio de propiedad de la demandada se contara con máquinas mezcladoras que, según lo manifestó la directora administrativa de Nabonasar Martínez & Cía. S.A. al rendir testimonio, resultan necesarias para la elaboración del tinte que produce esa sociedad mercantil (fl. 279, cdno. 2). En igual sentido, la documental en análisis únicamente refiere la existencia de una máquina

envasadora en el establecimiento de comercio en cuestión (fl. 671, cdno. 3), aparato aquel cuya idoneidad para la fabricación de tintes no fue acreditada en este proceso, debiéndose señalar que, así hubiera sido probada tal capacidad, lo cierto es que según el acervo probatorio la demandada sólo contaba con una unidad, cantidad insuficiente para adelantar la labor de falsificación en tanto que la demandante precisa de al menos cinco máquinas llenadoras, dos mezcladoras y 24 empleados para desarrollar su producción de tinte, acorde con el testimonio de la directora administrativa de la entidad (fl. 279, cdno. 2).

Agrégase a lo dicho que en desarrollo de la experticia referida en el párrafo anterior, tampoco se encontraron cajas, empaques, materia prima, ni los demás elementos necesarios para adelantar la labor de falsificación que la demandante imputa a la señora Duque de Restrepo, siendo pertinente destacar que, según lo dictaminó el perito designado para este proceso, “de conformidad con los estudios y análisis realizados en los meses de julio y agosto del 2005, la denunciada LABORATORIO Y DISTRIBUCIONES YOMA – YOLANDA DUQUE DE RESTREPO no tiene la capacidad, ni la maquinaria, ni las instalaciones, ni los vendedores -sólo tiene uno- para que sea considerada como la fuente principal del mercadeo de la falsificación de los productos IRIS, en razón que solamente se encontró la compra de tres (3) tintes IRIS por valor de \$18.000.00 en el mes de octubre del año 2002” (se subraya, fl. 353, cdno. 3), experticia que no fue objetada por ninguna de las partes.

En conclusión, la demandada no es la legitimada en la causa por pasiva en lo atinente a la producción del tinte, debido a que la condición para soportar la acción de competencia desleal deviene de la realización de un acto concurrencial contrario a los parámetros normativos previstos en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, acto cuya realización no se demostró en este caso.

(b) Venta del “tinte falso”.

Sobre este punto, la señora Duque de Restrepo reconoció, al contestar la demanda, que entre los años 2001 y 2004 adquirió y, posteriormente, revendió dos cajas de tinte distinguido con la marca Iris (fl. 110, cdno. 1). También admitió la demandada, al absolver el interrogatorio de parte que le fue formulado, que en su lista de precios incluye el producto tinte Iris, a pesar de que en sus inventarios no lo tiene disponible, para lo cual afirmó que *“no es el único producto que tengo en lista y que no comercializo directamente. Hay una expresión muy usual en el comercio que es trabajar con el burro amarrado, eso quiere decir que yo sé dónde consigo un producto, lo ofrezco, en el momento en que me lo pidan, hago el pedido y lo despacho”* (fl. 301, cdno. 2).

Las manifestaciones referidas, y específicamente la periodicidad con que la demandada comercializó el producto elaborado por Nabonasar Martínez & Cía S.A. durante los años 2001 y 2004, fueron corroboradas por el perito Humberto Puerta Gómez, quien, con base en la información contable de la señora Duque de Restrepo, dictaminó que ella adquirió *“a Almacén El Gabo del Centro Comercial Panamá (El Hueco) la factura de venta No. 5328 de 18 de septiembre de 2003 (...) tres (3) tinte Iris a valor unitario de \$6.000 y un valor total de \$18.000”* (fl. 347, cdno. 3), haciendo énfasis en que dicha transacción es la única que en relación con el producto tinte Iris se encontró en los mencionados documentos contables (fl. 353, *ib.*).

Puestas de este modo las cosas y, se insiste, al margen de la lealtad o deslealtad del acto de venta del producto tinte Iris, con las pruebas relacionadas se acreditó que la señora Duque de Restrepo efectivamente comercializó el producto en cuestión y que, si bien actualmente no lo tiene disponible, lo ofrece a sus clientes, condición esta que da cuenta de su legitimación para soportar las consecuencias del fallo.

2.3. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996:

De conformidad con lo que se explicó en el numeral inmediatamente anterior, el análisis que ahora se acomete se realizará únicamente respecto del acto concurrencial consistente en la comercialización del tinte que, sin serlo, es presentado ante el mercado como fabricado por la sociedad demandante.

2.3.1. Ámbito objetivo

Según el artículo 2º de la citada Ley de competencia desleal, *“los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”*.

En el presente caso está demostrado que el ofrecimiento al público del tinte marca Iris, por parte de la demandada en su establecimiento de comercio, son actos ejecutados por la señora Duque de Restrepo con una finalidad concurrencial. Así se deduce de su información contable, avalada por el perito designado para este proceso (fl. 353, cdno. 3), que da cuenta de la comercialización, aunque en mínima medida, del colorante en cuestión, debiéndose agregar que la opositora reconoció, en su declaración de parte, que ella ofrece el producto distinguido con la marca Iris para atraer o captar una clientela potencial (fl. 301, cdno. 2), circunstancia esta que configura la finalidad concurrencial en estudio⁸.

Conviene señalar, en adición, que en este caso debe tenerse por verificada la presunción prevista en el inciso final del citado artículo 2º de la Ley de competencia desleal, pues resulta evidente que ofrecer a sus clientes el producto que acá interesa es un acto objetivamente idóneo para que la demandada mantenga o incremente su participación en el mercado.

2.3.2. Ámbito subjetivo

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 9 de 2002, exp. 6869. Citada en el auto No. 3777 de octubre 20 de 2004, proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Dispone el artículo 3° de la Ley 256 de 1996 que dicha normativa “*se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal*”.

En el asunto *sub exámine* ya se aclaró que las partes de este proceso participan en el mercado: la demandante, mediante la elaboración y venta de tintes para telas, como se acredita con su información contable, avalada por el perito Humberto Puerta Gómez al rendir su dictamen (fls. 334 y ss., cdno. 3), así como por el testimonio de Jorge Hernádo Godoy Serrano, quien afirmó ser empleado de una sociedad mercantil dedicada, entre otras cosas, a la distribución del tinte Iris (fl. 292, cdno. 2); la demandada, por su parte, participa en el mercado, en lo que interesa a las resultas de este litigio, mediante el ofrecimiento al público de un tinte para telas designado con la marca Iris, aspecto fáctico que reconoció la señora Duque de Restrepo en su declaración de parte (fls. 300 y 301, cdno. 2) y que se corroboró con la factura de venta de una caja del referido producto, expedida en el establecimiento de comercio de propiedad de la misma señora (fl. 52, cdno. 1), aportada por la parte demandante y reconocida por la opositora también al absolver el interrogatorio (fl. 304, cdno. 2).

2.3.4. Ámbito territorial

Acorde con el artículo 4° de la Ley 256 de 1996, “*esta Ley se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano*”.

En este caso, los efectos de los actos imputados a la sociedad mercantil demandada, es decir, la venta y ofrecimiento al público de tinte para telas marca Iris, están llamados a producirse, principalmente, en la ciudad de Medellín, en tanto que esa es el área de influencia de la referida opositora y donde funciona su establecimiento de comercio.

2.4. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales ejecutados por la demandada, realizado a la luz de los parámetros normativos previstos en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996:

Memora el Despacho, con fines introductorios al análisis que avoca en el presente numeral, que la prohibición general establecida en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996, cuyo fundamento se encuentra en el desconocimiento de los parámetros normativos allí previstos⁹, irradia y le da sentido a las conductas descritas en los artículos subsiguientes, pues los comportamientos específicos que a título enunciativo se contemplan en dichos preceptos, derivan su deslealtad de contravenir los parámetros normativos en referencia¹⁰.

9 Sanas costumbres mercantiles, principio de la buena fe comercial, usos honestos en materia industrial o comercial, finalidad de afectación o afectación efectiva de la libertad de decisión del consumidor y la afectación del funcionamiento concurrencial del mercado.

10 En el mismo sentido la Sentencia No. 001 de agosto 19 de 2005, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

De esto se sigue, entonces, que si un determinado comportamiento no contraría los parámetros consignados en el artículo 7º de la Ley de competencia desleal, tampoco podría subsumirse dentro de los supuestos de hecho específicos señalados en los artículos 8º a 19, *ibídem*, pues, se insiste, las conductas establecidas en estas últimas disposiciones son un desarrollo de la prohibición general en comento.

En el asunto *sub examine*, dado que, según se explicará en seguida, Nabonasar Martínez & Cía. S.A. no demostró que su contraparte contrarió los parámetros normativos previstos en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996 por adquirir en el centro comercial El Hueco (Medellín) tinte para telas señalado con la marca Iris y, posteriormente, comercializar dicho producto, tampoco puede tenerse por cierto que la señora Duque de Restrepo incurrió, en virtud de los descritos actos concurrenciales (adquisición y reventa de tinte para telas), en los comportamientos desleales mencionados en el escrito de acción (desviación de la clientela, confusión, engaño, imitación y explotación de la reputación ajena). En esta medida, corresponde denegar las pretensiones incoadas en el escrito de acción, como se verá a continuación:

En primer lugar, sobre la acusada vulneración al principio de buena fe comercial, cabe destacar que dicho principio ha sido concebido como la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, *“de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios”*¹¹, en otras palabras, como la actuación llevada a cabo con la *“conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico”*¹². Este comportamiento cualificado, acorde con lo dispuesto en el artículo 769 del Código Civil, se presume, de modo que la carga de demostrar la existencia de actos que contraríen el principio en comento recae, en asuntos como el que ahora ocupa la atención del Despacho, en la parte demandante.

En este asunto, ninguna prueba se aportó para demostrar que la adquisición de tintes para telas en el centro comercial El Hueco de la ciudad de Medellín, en aras de comercializar dicho producto, contrariara los postulados del principio de buena fe comercial en el sentido de que involucrara un modo de actuar contrario a los parámetros de honestidad que están llamados a observar quienes intervienen en el mercado.

Así mismo, se acreditó, con base en el acervo probatorio recaudado que en seguida se relacionará, que el hecho de adquirir el tinte Iris en el centro comercial El Hueco de la ciudad de Medellín no podría ser considerado, *per se*, como una conducta contraria a la buena fe comercial exigible a los intervinientes en el mercado, pues además de la similitud de la imitación de los productos de la actora, que causaba gran dificultad para diferenciar el producto original del que no lo era, se acreditó que la adquisición del tinte en el referido centro comercial se adecuaba a los parámetros de normalidad en el comercio.

11 Narváez G., José Ignacio. “Introducción al Derecho Mercantil”. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 1995. pág. 252.

12 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 3-IP-99, citado en la sentencia No. 006 de junio 15 de 2007, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Obsérvese, en desarrollo de lo recién anotado, que la misma Nabonasar Martínez & Cía. S.A. reconoció, en su libelo incoativo (fls. 4 a 18, cdno. 1), que el tinte para telas “falso” es ofrecido en el mercado con una presentación idéntica a la que ella utiliza para comercializar su producto, mediante una reproducción exacta del empaque, los signos distintivos de la actora, la información sobre el origen empresarial del tinte y hasta el código de barras que el Instituto de Codificación y Automatización Comercial adjudicó a la demandante. En estas condiciones, no parece adecuado exigir a quien adquiere el producto que identifique cuál es el tinte verdaderamente fabricado por la aludida sociedad mercantil, máxime en casos en los que, como aquí se probó, el adquirente sólo comercializó tres cajas de tinte en el lapso comprendido entre los años 2001 y 2004, esto acorde con el dictamen pericial recaudado (fl. 353, cdno. 3).

Nótese, además, que la calidad profesional de la señora Duque de Restrepo, quien en su declaración de parte dijo ser química farmacéutica (fl. 300, cdno. 2), no es razón suficiente para desvirtuar la conclusión anotada en el párrafo anterior, no sólo por la demostrada similitud de las presentaciones de los productos que importan a las resultas de este pleito y la infrecuente comercialización de los mismos por parte de la demandada, sino también porque, de acogerse la alegación que en ese sentido realizó la actora, habría que admitir que a la opositora le era exigible realizar una serie de experimentos propios de su profesión para diferenciar dos productos que se presentan ante el mercado en forma idéntica, exigencia que se aprecia cuando menos exótica, y que de ningún modo puede ser de recibo, máxime si se considera que no se probó que la demandada conociera de la falsificación del tinte Iris, para que estuviera alerta ante la posibilidad de adquirir el “tinte falso”.

Cumple destacar, en aras de insistir en que no se acreditó que adquirir tinte Iris en el centro Comercial el Hueco constituyera, *per se*, una conducta contraria al principio en comento, que aún el investigador contratado por el apoderado judicial de la demandante para descubrir la fuente de la falsificación del tinte Iris manifestó, fundamentado en las pesquisas que adelantó en ejecución del aludido contrato y entrenado como estaba para diferenciar el producto original del que no lo era (fl. 266, cdno. 2), que en ninguno de los establecimientos de comercio ubicados en el aludido centro comercial encontró que se comercializara el tinte “falso” (fls. 267 y 268, cdno. 2).

Cual si lo dicho fuera poco, la demandada aportó documentos que recogen declaraciones de terceros en las que las señoras Claudia Cecilia Gómez Ramírez y Gladys del Rosario Montoya Rodríguez manifestaron, al unísono, que son consumidoras del producto tinte Iris; que han adquirido ese tinte en establecimientos ubicados en el centro comercial El Hueco de la ciudad de Medellín y que no han tenido problema alguno por actuar de ese modo. Manifestó la señora Gómez Ramírez que *“en mi calidad de cliente y consumidor de los productos de insumos destinados a la coloración y tintes de todo tipo de telas y como comerciante manifiesto que he comprado desde hace varios años productos relacionados como tintes marca IRIS en la distribuidora GABO centro comercial El Hueco de la ciudad de Medellín, donde se compra más económica que en otros lugares, sin ningún tipo de problemas con la autoridad competente por la adquisición o compra de los productos distinguidos con la marca Iris en este tipo de establecimiento comercial”* (fls. 158 y 159, cdno. 1). La documental en estudio se puede tener como prueba en virtud del artículo 277 del C. de P. C.

Agrégase, para abundar en razones, que acorde con la declaración testimonial del señor Jorge Hernando Godoy Serrano, quien afirmó ser vendedor de una sociedad mercantil dedicada, entre otras cosas, a la distribución del producto tinte Iris, algunos comerciantes, entre los que no incluyó a la demandada, adquirirían, con pleno conocimiento, el “tinte falso” *“porque ellos argumentaban comprar este tinte a unos precios muy económicos y no les interesaba pagar más cuando podían vender los dos productos al mismo precio”* (fl. 294, cdno. 2). Conviene resaltar que en el proceso no se acreditó que la demandada hubiera adoptado un comportamiento similar al que fue descrito por el testigo citado, circunstancia que complementa la conclusión acogida por el Despacho, esto es, que no se probó que la demandada contrariara el principio de buena fe comercial por adquirir, con el fin de comercializar posteriormente, el tinte designado con la marca Iris en el centro comercial El Hueco.

En segundo lugar, encuentra este Despacho que adquirir tinte para telas en el centro comercial El Hueco de Medellín para su posterior comercialización, no constituye un uso deshonesto ni una conducta contraria a las sanas costumbres. Ciertamente, la búsqueda de una mayor utilidad en la comercialización de productos, que por regla motiva al vendedor de tales bienes a reducir los costos de su actividad y, por ello, a acudir a los lugares donde los pueda adquirir a menor precio, es una finalidad, amén de legítima, connatural a toda actividad económica realizada por personas racionales y, principalmente, por comerciantes¹³. En consecuencia, acudir al referido centro comercial, donde acorde con los documentos en los se recogieron las declaraciones de las señoras Claudia Cecilia Gómez Ramírez y Gladys del Rosario Montoya Rodríguez -transcritas con antelación-, el producto en cuestión *“se compra más económico que en otros lugares”* (fls. 158 y 159, cdno. 1), no puede tener las connotaciones que le atribuye la demandante, máxime si, como ya quedó explicado, adquirir productos de consumo masivo en el centro comercial El Hueco no es, *per se*, una conducta reprochable.

Agrégase a lo recién anotado que, según lo declaró la directora administrativa de la sociedad mercantil demandante al rendir testimonio (fl. 277, cdno. 2), el tinte Iris es comercializado a nivel nacional sin ninguna restricción, de donde se sigue que encontrarlo disponible en establecimientos de comercio ubicados en el ya reseñado centro comercial no resulta inusual ni sospechoso, debiéndose insistir en que la calidad profesional de la señora Duque de Restrepo (química farmacéutica, según lo afirmó), no le hacía exigible la identificación de una falsificación idéntica de un producto que no comercializaba regularmente, como ya se explicó con antelación.

En tercer y último lugar en lo que atañe al asunto tratado en el presente numeral, el Despacho pone de presente que en el litigio que ahora se desata, la actora ni siquiera mencionó cómo habría podido la señora Duque de Restrepo afectar la libertad de decisión de los consumidores o el funcionamiento concurrencial del mercado por haber adquirido tinte para telas en el centro comercial El Hueco para comercializarlo en su establecimiento de comercio, lo que tampoco aparece probado en este asunto.

¹³ Sobre este tema veáse: Posner, Richard A. El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica. 2ª edición. 2007. Págs. 25 y ss.

2.5. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales ejecutados por la demandada acorde con los artículos 8º, 10º, 11º, 14º y 15º de la Ley 256 de 1996:

Si bien lo anotado hasta este punto es suficiente para denegar las pretensiones incoadas por Nabonasar Martínez & Cía. S.A., para abundar en razones procede el Despacho a señalar las razones por las que, además de lo ya dicho, en este caso no se probó que el acto concurrencial ejecutado por la demandada fuera constitutivo de desviación de la clientela, confusión, engaño, imitación o explotación de la reputación ajena.

2.5.1. Actos de imitación y de explotación de la reputación ajena

Dado que, conforme se explicó al tratar el tema de la legitimación por pasiva en este asunto (numeral 2.2.2.), no se demostró que la señora Duque de Restrepo fabricara el "tinte falso", tampoco podría afirmarse que ella imitó las prestaciones mercantiles de su contraparte o utilizó indebidamente sus signos distintivos lo que, aunado al hecho que comercializar el producto de un participante en el mercado no implica, *per se*, un aprovechamiento de las ventajas de la reputación del productor, permite colegir que no se encuentra probado que la ahora demandada, por adquirir tinte para telas en el centro comercial El Hueco con el propósito de comercializarlo, hubiera incurrido en actos desleales de imitación o de explotación de la reputación ajena.

2.5.2. Actos de confusión y de engaño

Así se admitiera que en virtud de la gran similitud entre el producto tinte Iris original -el fabricado por la demandante- y el "tinte falso" se creó confusión en el mercado o se indujo a error a los consumidores del producto en comento, lo cierto es que, conforme quedó acreditado al sentar que la demandada no fabrica tinte para telas y que el acto concurrencial que realiza no contrarió los parámetros normativos mencionados en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, la actora no probó, como le incumbía, que esa situación fuera imputable a su contraparte. En otras palabras, si bien es cierto que la falsificación del producto pudo constituir actos desleales de confusión y engaño, no se demostró que la demandada, en su condición de comercializador a un muy bajo nivel de tinte Iris (3 cajas en 3 años), en lugar de víctima de esa situación anómala, fuera responsable por la falsificación.

2.5.3. Actos de desviación de la clientela

Desvirtuado como está que la demandada hubiera contrariado las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia comercial por ejecutar el acto concurrencial materia de esta decisión, palmario resulta que la desviación de la clientela en beneficio de la señora Duque de Restrepo, de haberse dado, no tendría la connotación desleal que le atribuye la demandante.

2.6. Conclusión:

Corolario de lo expuesto, dado que la parte demandante, sobre quien pesaba la carga de la prueba (art. 177, C. de P. C.), no demostró que su contraparte hubiera ejecutado actos

de competencia desleal en los términos del artículo 7º de la Ley 256 de 1996 por haber adquirido, para comercializar, tinte Iris en el centro comercial El Hueco, se concluye que tampoco acreditó las conductas desleales mencionadas en su escrito de acción (desviación de la clientela, confusión, engaño, imitación y explotación de la reputación ajena), situación esta que, sumada a la ausencia de legitimación por pasiva en lo relacionado con la producción del tinte que, sin serlo, se anuncia al mercado como producido por la sociedad mercantil accionante, lleva al Despacho a desestimar la totalidad de las pretensiones incoadas por Nabonasar Martínez & Cía. S.A.

3. DECISIÓN

En mérito de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. **Denegar** las pretensiones de Nabonasar Martínez & Cía. S.A. en relación con los actos de desviación de la clientela, confusión, engaño, imitación y explotación de la reputación ajena que imputó a su contraparte.
2. **Condenar** en costas a la parte demandante.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Sentencia para cuaderno 4

Doctor
GERMÁN CASTILLO GRAU
Apoderado
NABONASAR MARTÍNEZ & CÍA. S.A.
C.C. No. 17.017.671
T.P. No. 2.978 del C.S. de la J.

Doctor
JAIME PABLO BECERRA NARVÁEZ
Apoderado
YOLANDA DUQUE DE RESTREPO
C.C. No. 12.997.191
T.P. 115.681 del C.S. de la J.