



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES**

Bogotá, D.C., Treinta (30) de agosto de 2012

Sentencia No. 4851

Expediente No. 09048079

Demandante: Duna Enterprises S.L. e Italian Beauty Ltda. (ahora Gama Colombia Ltda).

Demandado: Importadora Comercial de Belleza S.A. Impobe S.A. y Carlos Mario de Jesús Vega Cuartas.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Duna Enterprises S.L. (en adelante: Duna) e Italian Beauty Ltda. –ahora Gama Colombia Ltda. Fls. 208 a 210, cdno. 42- (en adelante: Italian) contra Importadora Comercial de Belleza S.A. (en adelante: Impobe) y Carlos Mario de Jesús Vega Cuartas, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1. Partes:

Demandantes: Duna es titular de los productos identificados con la marca GA.MA Italy Profesional (en adelante: GA.MA), utilizados en el mercado de los utensilios para belleza, tales como planchas para el pelo y secadores, entre otros.

Italian, por su parte, es el distribuidor en Colombia de los productos de Duna.

Demandadas: Impobe es una empresa nacional dedicada a la comercialización de productos para el cuidado capilar, entre los que se cuentan planchas para el pelo y secadores.

Carlos Mario de Jesús Vega Cuartas es el representante legal de Impobe.

1.2. Los hechos de la demanda:

Para contextualizar los hechos en que fundó sus pretensiones, aseguró la parte actora que su contraparte fungió como distribuidor para Colombia de los productos identificados con la marca GA.MA desde mayo de 2003 hasta marzo de 2007, periodo en que además de comercializar productos *“que no correspondían a los originales”*, pretendieron registrar en Colombia una marca similar a la de Duna, aspectos fácticos todos que fueron objeto de transacción entre las partes (fls. 124 a 141, cdno. 1).

Señaló que una vez concluida la distribución de Impobe, esta función fue asumida directamente por Italian, al tiempo que la pasiva comenzó, según dijo, *“una campaña de desprestigio”* contra los productos GA.MA, al punto que envió una comunicación a los clientes de la actora y a diferentes medios de comunicación en la que desacreditaba sus productos.

Aseguró que dicha *“campaña de desprestigio”* consistió, básicamente, en poner en tela de juicio la calidad e idoneidad de la marca GA.MA, además de acusar a su fabricante de engañar al público con relación a la procedencia de los productos identificados con dicho signo, conducta que continuó con la realización de dos publicaciones en los periódicos El Espectador y El Tiempo, los días 7 y 18 de diciembre de 2008, respectivamente.

Afirmó que todas estas situaciones ocasionaron que sus clientes más importantes le hicieran requerimientos sobre la veracidad de las afirmaciones e, incluso, que uno de ellos retirara sus

Sentencia N° 4851 de 2012

productos de las góndolas, circunstancias todas que, a su juicio, constituyen competencia desleal.

1.3. Pretensiones:

La parte actora, en ejercicio de la acción declarativa y de condena prevista en el numeral 1º del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, solicitó que se declare que la conducta que imputó a su contraparte resultó contraria a lo dispuesto en los artículos 7º (prohibición general), 8º (desviación de la clientela), 11º (engaño), 12º (des crédito) y 17º (inducción a la ruptura contractual) de la Ley 256 de 1996.

En consecuencia, pidió que se le condene a adoptar las medidas necesarias para retirar los efectos ocasionados por la conducta desleal, teniendo en cuenta que la rectificación a que haya lugar deberá hacerse por los mismos medios y en las mismas condiciones utilizadas al momento del acto reprochado, así como a indemnizar los perjuicios causados por dicha conducta (fls. 31 a 84, cdno. 2).

1.4. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante auto No. 1119 del 5 de agosto de 2009 se admitió la demanda.

Al momento de contestar la demanda, la pasiva se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando la inexistencia de las conductas desleales alegadas, principalmente, por cuanto es claro que los productos comercializados por la actora no proceden de Italia, luego las afirmaciones utilizadas "*no fueron falsas*", lo que implica, además, que no pudo habersele causado perjuicio alguno.

1.5. Trámite procesal:

Por medio del auto No. 28 del 8 de enero de 2010 (fl. 109, cdno. 4) las partes fueron citadas a la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P. C. (fls. 120 a 122, cdno. 4). Mediante auto No. 787 del 21 de mayo de 2010 (fls. 136 a 145, cdno. 4) se decretaron las pruebas del proceso y, posteriormente, a través del auto No. 14002 del 28 de mayo de 2012, se corrió traslado para alegar de conclusión.

En esta oportunidad, la demandante se refirió exclusivamente a la configuración del acto de des crédito, el cual, a su juicio, se demostró a lo largo de la actuación.

Por su parte, la pasiva afirmó que quedó demostrado que las afirmaciones usadas en las publicaciones referidas en la demanda son ciertas y, por ello, según dijo, se corroboró la inexistencia de los actos de competencia desleal.

2. CONSIDERACIONES

Agotadas las etapas procesales y dado que no se presentan nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

2.1. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996 (arts. 2º, 3º y 4º, L. 256/96):

El ámbito objetivo está superado en el presente asunto toda vez que la comercialización de productos de belleza para el cuidado capilar, como lo son aquellos identificados con la marca GA.MA de las demandantes y los comercializados por la pasiva, es un acto realizado en el mercado y que tiene una clara finalidad concurrencial, pues es evidente que resulta objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación de las partes en aquel escenario. Adicionalmente, está demostrado que las partes participan en el mercado de este tipo

Sentencia N° 4851 de 2012

de productos en el territorio nacional, aspectos que, además, dan cuenta de los ámbitos subjetivo y territorial de aplicación de la referida Ley.

2.2. Legitimación de las partes (arts. 21 y 22, L. 256/96):

La parte demandante está legitimada por activa porque, con las facturas de venta anexas al dictamen pericial, así como con los ejemplares de las planchas para el pelo y según se constató en la inspección judicial, entre otros elementos de prueba, se demostró que participa en el mercado de la importación y comercialización de productos para belleza que identifica con el signo GA.MA, aspecto al que se debe agregar que la conducta denunciada, consistente en la publicación y proliferación de afirmaciones respecto de la calidad y origen de tales bienes, presuntamente, ajenas a la realidad, podría afectar sus intereses económicos en la medida en que, de resultar ciertos los fundamentos de la demanda, la situación descrita podría implicar el desprestigio injustificado y, consecuentemente, la reducción de su participación en dicho mercado.

Por su parte, la pasiva está legitimada para soportar la acción en referencia, pues se acreditó que comercializa el mismo tipo de productos y realizó las publicaciones que se reputaron desleales.

2.3. El problema jurídico:

El problema jurídico se concreta en determinar si la difusión pública de información que haga un competidor respecto del otro utilizando afirmaciones que solamente pueden ser proferidas por la autoridad competente, sin que en el momento de la publicación dicha autoridad se hubiera pronunciado sobre el particular, constituye competencia desleal.

Se debe aclarar desde ya que aquellos asuntos insinuados como actos de competencia desleal en la demanda, tales como la comercialización de productos GA.MA por parte de la pasiva con posterioridad a la terminación de la relación comercial entre las partes, así como la efectuada con bienes identificados con dicho signo “*que no correspondían a los originales*”, no serán objeto de pronunciamiento en razón de la transacción realizada por las partes, situación que, como es bien sabido, hizo tránsito a cosa juzgada.

2.4. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales ejecutados por la demandada:**2.4.1. Acto de descrédito (art. 12, L. 256/96):**

Establece la norma: “*En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, 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*”.

Ahora bien, para que la conducta de un empresario pueda considerarse como “*de descrédito*” de las prestaciones o actividad empresarial de un competidor, debe realizarse la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas y/o impertinentes y que resulten aptas objetivamente para perjudicar el prestigio o buen nombre del competidor en el mercado¹.

Para que la conducta no se enmarque dentro de los actos que la Ley califica como “*de descrédito*” es imprescindible que el emisor del mensaje demuestre que las afirmaciones

¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 32749 de 2004. Exp. 02020504.

Sentencia N° 4851 de 2012

divulgadas son ciertas, exactas y pertinentes, de donde se colige que se descarta la configuración de un comportamiento desleal, cuando se refieren fielmente características reales del producto.

A su vez, es preciso que las actuaciones de descrédito, independientemente del medio de difusión que se utilice para tal fin, sean públicas, esto es, que se dirijan a determinadas personas, se realicen en el seno de un determinado colectivo o vayan dirigidos al público en general², sea que logre o no su objetivo, pues lo que se requiere es un elemento de potencialidad, riesgo o peligro que facilite el descrédito del competidor. En cualquier caso, corresponde a quien alega la conducta demostrar el acaecimiento de la mencionada conducta de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., pues no basta con la simple manifestación o afirmación del demandante sobre la ocurrencia del particular para tener por materializado el acto que aquí se denuncia.

En relación con lo anterior, debe precisarse, con fundamento en la doctrina especializada, que *“la exactitud exige que la información difundida se corresponda con la realidad de las cosas, la veracidad requiere que en todo caso provoque una representación fiel de dicha realidad (SAP Barcelona de 27 mayo 2005 [AG 2005, 1034] FJ 4). Por último, son pertinentes aquellas manifestaciones que en consideración a la naturaleza y características de las actividades, prestaciones, establecimientos promocionados y a las particularidades del círculo de destinatarios de las manifestaciones, resultan adecuadas e idóneas para permitir la formación de sus preferencias y la adopción de decisiones conforme al principio de competencia por méritos (basada en la eficiencia de las propias prestaciones). En sentido contrario, las manifestaciones no son pertinentes si se refieren a extremos que no son relevantes para la toma de decisiones en el mercado, o si no están justificadas o son desproporcionadas (SAP Barcelona de 14 de enero 2003 [JUR 2004, 14172] FJ 5)³.*

Aunado a lo anterior, cuando se entra al análisis de las conductas que presuntamente constituyen actos de descrédito, estas deben analizarse de manera completa y no fragmentada⁴, lo que impone concluir que puede presentarse el caso en que del total de las declaraciones emitidas por el agente, ciertos fragmentos sean verídicos y aun así no constituyan una *“exceptio veritatis”* -a no ser que el mensaje en conjunto sea exacto, verdadero y pertinente-.

Una vez realizadas las precedentes aclaraciones, es preciso partir por afirmar lo siguiente:

- El demandado Carlos Mario de Jesús Vega Cuartas, publicó *motu proprio* la siguiente “información” en el periódico El Espectador el día domingo 7 de diciembre de 2008 (folio 192, cdno. 1):

**“IMPORTANTE EMPRESA DEL SECTOR DE LA BELLEZA
CON SEDE EN LAS PRINCIPALES CIUDADES DEL PAÍS**

INFORMA QUE

*La sociedad de responsabilidad limitada **ITALIAN BEAUTY**, quien distribuye de manera exclusiva en el país productos con la marca **GA.MA ITALY PROFESIONAL**, LA CUAL A TRAVÉS DE SU **DISTRIBUIDORA EXCLUSIVA PARA COLOMBIA ITALIAN BEAUTY LTDA. NIT 900.130.497-9** desde el año 2007 y hasta el día de hoy ha engañado a los consumidores importando secadores para el cabello, planchas, utensilios para el cuidado del mismo, aparatos para depilar, entre otros, cuyo origen es de China, Argentina y Uruguay.*

² Barona Vilar Silvia. Competencia Desleal, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. Tirant lo Blanch. Pág. 438.

³ Ley de competencia desleal. Rafael García Pérez. Editorial Thomson Arazandi. Pág. 223.

⁴ Ibídem. Pág. 228.

Sentencia N° 4851 de 2012

La **DIAN** a través de la **Subdirección de Comercio Exterior** certificó que sus secadores los cuales corresponden a la subpartida 8516310000 son de origen Chino, en un 70.5%; en un 26.7% de origen Uruguayo y un 2.9% de origen Argentino. El panorama en lo que se refiere a planchas para el cabello también constituye un engaño, ya que de acuerdo a la subpartida 8516310000, un 95% es de origen Argentino y el 5% restante es de origen Chino.

EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR EN SU ARTICULO (sic) 14 SE REFIERE A ESTE TIPO DE CONDUCTAS brindándole protección al consumidor. Se le informa entonces, que si alguna vez ha comprado alguno de estos productos, usted tiene derecho a que **ITALIAN BEAUTY LTDA.** le cambie cualquier producto cuya marca sea **GA.MA ITALY PROFESIONAL, POR EL ORIGINALMENTE ITALIANO, O EN SU DEFECTO LA DEVOLUCIÓN DE SU DINERO MAS (sic) UNA INDEMNIZACION POR LOS PERJUICIOS CAUSADOS; ADEMÁS NO SE LE OLVIDE QUE USTED ES VÍCTIMA (sic)** del error en que lo induce a incurrir dicha sociedad.
EXIJA SUS DERECHOS

CARLOS MARIO DE JESÚS VEGA CUARTAS
C.C. No. 3.265.728”.

- El mes de octubre de 2008, la sociedad demandada, por intermedio de sus “apoderados especiales”, suscribió una “solicitud de negociación de perjuicios por competencia desleal”, la cual fue dirigida a Grandes Superficies de Colombia S.A., propietaria de los establecimientos de comercio Carrefour (fls. 2 a 6, cdno. 2). En la misma se puede observar cómo, en virtud de una conducta que afirmó ser desleal y constitutiva de vulneración a los derechos del consumidor, la demandada exigió el pago de los supuestos perjuicios que tales circunstancias le habían generado.

Igualmente, exigió a Carrefour “que se saque de los almacenes de cadena los productos de la marca Ga.Ma Italy ya que viola las normas del estatuto del consumidor” y “que se corrija ante el consumidor la procedencia de los productos vendidos por ustedes ya que no son de origen italiano”.

Posteriormente, el 30 de diciembre de 2008 reiteró el contenido de su comunicación (fls. 6 y 7, cdno. 3). Esta situación generó que el 13 de enero de 2009 Carrefour remitiera a Italian (fl. 8, cdno. 3) una comunicación en los siguientes términos:

“Como es de su conocimiento, en los últimos meses la empresa IMPOBE S.A. ha dirigido a mi representada una serie de comunicaciones encaminadas a desprestigiar a su empresa y persuadir a GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. para que suspenda la comercialización de sus productos (...).”

- Así mismo, el 14 de noviembre de 2008 Impobe dirigió idéntico reclamo a Alkosto S.A. (fls. 9 a 13, cdno. 3 o 221 a 227, cdno. 9).
- El 20 de noviembre de 2008 envió al canal City TV, con quien pautaba la actora, una carta por medio de la cual pretendía “hacerlos conocedores de la publicidad engañosa que utilizan los representantes de la marca GA.MA Italy” (fls. 215 a 220, cdno. 9).
- El 22 de diciembre de 2008 dirigió a los “ALMACENES DE CADENA DE TODO EL PAÍS” la siguiente comunicación (fls. 20 a 22, cdno. 10):

“(...) La empresa ITALIAN BEAUTY LIMITADA Identificada con NIT 900.130.497-9, sociedad la cual es conocida ampliamente en los almacenes de cadena al ser la distribuidora exclusiva de la marca GA.MA ITALY, desde el año 2007 y hasta la fecha a (sic) estado desplegando una serie de publicidad la cual genera competencia desleal para los otros distribuidores de productos similares, y lo mas (sic) grave un engaño para el consumidor final al aseverar que todos sus productos de la marca GA.MA ITALY son de origen u (sic) procedencia italiana, cuando ello a través de la DIAN a (sic) certificado a través de la subpartida 8516310000 que la gran mayoría de sus productos son de origen chino, argentino y uruguayo.

Sentencia N° 4851 de 2012

... mi labor como distribuidor de esta misma clase de productos, y por supuesto afectado directo por este tipo de publicidad que tiende a hacer que el consumidor final caiga en un engaño es ADVERTIRLES a ustedes que la garantía mínima presunta no solo recae sobre el productor, SINO TAMBIEN SOBRE EL EXPENDEDOR DEL MISMO...

... Así pues, ustedes como cadena se verán el día de mañana en la obligación de responder frente a todos los terceros afectados por las practicas comerciales que bajo las pruebas existentes son presuntamente inescrupulosas y asaltan la buena fe de quien adquiere un producto con la firme convicción de que es ITALIANO, pero en el fondo posee otra procedencia u origen.

Frente a este hecho SON CLARAS las sanciones que impone la ley en materia administrativa, y que obviamente el día de mañana los podría afectar a ustedes como cadenas , (sic) ya que esta (sic) demostrado que en las principales cadenas del país que los mismos impulsores que pertenecen a estas (sic) venden el producto COMO SI ESTE FUESE ITALIANO, y es obvio que esto configuraría una presunción de MEDIO DE PARTICIPACION (sic) O COAUTORIA (sic) frente a un hecho de estos, que inclusive actualmente esta (sic) siendo investigado ante la fiscalía por los delitos de FALSEDAD MARCARIA, ORECIMIENTO (sic) ENGAÑOSO DE PRODUCTOS Y ESTAFA, ENTRE OTROS.

*Independiente de este asunto, y lo que repercute directamente a las cadenas son las sanciones administrativas... Es de suponerse que mas (sic) adelante podría verse afectado el almacén de cadena que distribuya dichos productos porque SOLO EL HECHO DE OFRECER LOS MISMOS bajo la misma publicidad, los podría hacer acreedores **A MULTAS, y a obligarlos a sacar de sus estanterías dichos productos que en ultimas (sic) afectan al consumidor final.***

Es posible que Ustedes como Gerentes de cadena desconozcan toda esta situación, pero al aceptar por parte de sus impulsores tal practica (sic) y PUBLICITAR EL ORIGEN DE ESTOS PRODUCTOS COMO SI FUEREN ITALIANOS, CUANDO ESTA (sic) CERTIFICADA SU REAL PROCEDENCIA estarían incurriendo también en una practica (sic) comercial de competencia desleal y podrían también versen (sic) implicados en investigaciones por utilizar publicidad engañosa...

MI INVITACIÓN ES MUY CLARA, a que analicen dicha situación y antes de que ustedes se vean afectados por demandas de indemnización de perjuicios, RETIREN DEL MERCADO DICHOS PRODUCTOS, O EN SU DEFECTO DEBERAN (sic) EXIGIR A LA COMPAÑÍA PRODUCTORA DE LOS MISMOS QUE ACLARE EN SU ENSEÑA LA MARCA DENOMINACION ITALY, la cual utiliza geográficamente la ubicación de un país para confundir y hacer caer en error al consumidor, quien en ultimas (sic) es el verdadero afectado (...)

- El resultado generado con ocasión de estas comunicaciones, además de las reclamaciones realizadas a la actora por los almacenes de cadena Carrefour (fl. 18, cdno. 3 y fl. 15, cdno. 10) y Alkosto (según testimonio de la trabajadora de Hiperbodegas Alkosto, Astrid Otálora Riaño, fl. 115, cdno. 6), implicó que Almacenes La 14 retirara de sus góndolas los productos GA.MA por *“más o menos 8 días”* en las tiendas de Cali, Pereira, Manizales, Tuluá, Palmira, Buenaventura y Alfaguara (testimonio de Asceneth Cifuentes Ceballos, trabajadora de estos almacenes. Fls. 6 a 9, cdno. 8).

Precisado lo anterior, la tarea que se aborda consiste en verificar si las publicaciones citadas resultan configurativas del acto de descrédito.

Para ello, es pertinente, como primera medida, enfrentar la defensa de la pasiva *-exceptio veritatis-*, teniendo en cuenta que señaló que todas las afirmaciones allí contenidas corresponden a la realidad, al punto que esta Superintendencia sancionó a la actora por *-parafraseando sus palabras-* inducir al consumidor a error respecto del origen de los productos.

Al respecto, se precisa que la resolución de esta Superintendencia, que dio origen al impedimento del Delegado para Asuntos Jurisdiccionales, quien anteriormente fungió como Director de Protección del Consumidor, se fundamentó en que la publicidad utilizada para promocionar los productos GA.MA *“no cumplió con el requisito de suficiencia al omitir informar al consumidor el origen de los productos”* (auto No. 1181 del 24 de enero de 2012, fls. 194 a 196, cdno. 42).

Sentencia N° 4851 de 2012

Por otra parte, tanto la inspección judicial realizada en las instalaciones de Italian (fls. 93 a 100, cdno. 7), como las declaraciones del testigo Oscar Alberto González (fl. 122, cdno. 6) y de la representante legal de Italian (fl. 187, cdno. 6), dan cuenta que, en su mayoría, los productos de la pasiva son importados de Argentina, Uruguay y China y por tanto no de Italia.

Finalmente, los videos aportados con la contestación de la demanda (fl. 143, cdno. 2, en particular aquellos realizados en el Carrefour de Bello y en el Éxito de los Molinos), evidencian que la actora, por medio de sus impulsadoras, afirma que los productos identificados con la marca GA.MA son de origen italiano. Al respecto, téngase en cuenta que gozan de valor probatorio en tanto que se trata de documentos de contenido declarativo emanado de terceros sobre los cuales no se pidió su ratificación (art. 277, C.P.C.).

Puestas de este modo las cosas, resulta claro para este Despacho que las afirmaciones empleadas por la pasiva en las comunicaciones transcritas exceden la exactitud y pertinencia que exige la norma, luego debe concluirse que incurrió en el acto desleal de descrédito.

En efecto, en primer lugar, pártase por precisar que las comunicaciones fueron suscritas por quien había sido distribuidor de los mismos productos hasta marzo de 2007, y enviadas a sus destinatarios antes de que esta Superintendencia se pronunciara de fondo, por vía administrativa, sobre el particular, queriendo decir con esto que las afirmaciones allí contenidas respecto de la infracción a las normas de protección al consumidor aún no tenían sustento jurídico y se basaban más en la simple interpretación de los aquí demandados.

En segundo lugar, si bien es cierto que posteriormente se sancionó a la actora por infringir las normas del anterior Estatuto del Consumidor, no lo es menos que la misma se generó por incumplir *“el requisito de suficiencia al omitir informar al consumidor el origen de los productos”* y no, como lo afirmó la pasiva tajantemente en sus escritos, por afirmar directamente al consumidor que los productos GA.MA eran *“originales 100% italianos”*. Lo que significa que estas precisas afirmaciones, aunque ciertas, según se explicó, no resultaron exactas, fieles o cabales con lo que realmente sancionó la autoridad competente.

En relación con los juicios sobre la incursión en prácticas contrarias a la competencia leal por parte de la actora, debe señalarse que los mismos carecen de pertinencia, toda vez que esta circunstancia de deslealtad o no, debió haber sido declarada por la autoridad competente, situación que no aparece demostrada en el expediente y, por ello, no era la pasiva quien estaba en condiciones jurídicas de adjudicarle a un comportamiento de su competidor la categoría de desleal.

Adicionalmente, si bien es cierto que durante el proceso se demostró que la actora comercializa sus productos afirmando, por intermedio de sus impulsadoras, que son de origen italiano, aun cuando no lo son, o por lo menos no en su mayoría, no lo es menos que la información pertinente para la competencia económica⁵, que es precisamente la que exonera este comportamiento como desleal, sería específicamente la relacionada con este punto y no, como en efecto lo hizo, afirmando sobre la incursión en conductas ilegales sin el respaldo de decisiones de fondo proferidas por las autoridades competentes, aunado al hecho de exigir, a modo de intimidación, el reconocimiento de unos perjuicios que tampoco habían sido reconocidos mediante orden judicial. No puede pasarse por alto, aunque esto por sí mismo no constituya deslealtad, que quienes hicieron tales manifestaciones anteriormente comercializaron los productos GA.MA.

⁵ Ib. Pág. 224. A juicio del autor, El bien jurídico protegido en esta conducta no es la reputación del competidor, sino la competencia económica.

Sentencia N° 4851 de 2012

En este orden de ideas, es claro que el sentido del mensaje difundido apuntaba a acusar, ante sus clientes, que la actora inducía al público a error respecto de la procedencia de los productos GA.MA y a concluir -con fuerza de veredicto- que con ese comportamiento incurrió en violación de las normas de protección al consumidor y de competencia desleal, conclusiones que, como ya se mencionó, no fueron exactas ni pertinentes.

En consecuencia, este Despacho considera que la conducta realizada por la parte demandada transgredió los parámetros normativos previstos en el artículo 12 de la Ley 256 de Competencia Desleal, en la medida en que se encontró probado que el contenido de las publicaciones difundidas a los lectores del periódico El Espectador y a los almacenes de cadena, contenían afirmaciones inexactas e imprecisas, que implicaron el descrédito de los productos identificados con la marca GA.MA., debiéndose precisar que de ninguna manera contribuyen o benefician a sus destinatarios *“para permitir la formación de sus preferencias y la adopción de decisiones conforme al principio de competencia por méritos (basada en la eficiencia de las propias prestaciones).”*

2.4.2. Acto de inducción a la ruptura contractual (art. 17, L. 256/96):

El artículo citado dispone que: *“se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.”*

De acuerdo con la norma antes transcrita, se observa que el tipo en comento prevé tres modalidades o actos típicos a saber: (i) la inducción a infringir los deberes contractuales básicos; (ii) la inducción a la terminación regular de un contrato y (iii) el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero, de una infracción contractual ajena.

Para el Despacho, el análisis se debe centrar en la primera de las hipótesis, al no hallarse elementos que indiquen una vulneración de las restantes.

Con fundamento en la transcrita definición legal, en reiteradas oportunidades la Delegatura para Asuntos jurisdiccionales ha precisado que los elementos constitutivos del acto desleal en estudio, en la referida modalidad son los siguientes:⁶

- a) La existencia de una relación contractual entre el sujeto pasivo de la conducta desleal y el agente inducido.
- b) La irrupción en la relación contractual referida en el literal anterior, por parte del sujeto activo de la conducta, con el propósito de motivar la infracción de los deberes contractuales básicos. Dicha actuación no es espontánea sino provocada por otro o *“impulsada desde otro comportamiento externo que lleva a realizar una actuación que, sin ese impulso, no se hubiera realizado”*⁷.

El alcance del verbo rector de la conducta, la acción de inducir, ha sido definida por la Real Academia de la Lengua como el acto de *“instigar, persuadir, mover a uno, ocasionar, causar”*.

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias No. 6 de 2005, No. 7 y 8 de 2007, y No. 17 de 2011.

⁷ BARONA VILLAR, Silvia. Competencia Desleal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Tomo I, pág. 590

Sentencia N° 4851 de 2012

c) Finalmente, dicha irrupción debe ser idónea para provocar el incumplimiento de los deberes básicos por parte del agente inducido.

En relación con este tema, es pertinente agregar que la inducción se considera legítima y lícita en los eventos en que, en ejercicio de la libre empresa, derecho reconocido en el artículo 333 de la Carta Política, un participante en el mercado, como resultado del desarrollo natural y libre del mercado, se limita a atraer proveedores, clientes o empleados de sus competidores mediante la proposición de ofertas u ofrecimientos que puedan captar la atención de aquellos, siempre que no se presenten los anotados elementos configurativos del acto desleal en estudio⁸.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, es evidente que la pasiva indujo a los almacenes de cadena, con su misiva del 22 de diciembre de 2008, ha infringir los deberes contractuales básicos que tenían con Italian, por las siguientes razones:

a) Entre el sujeto pasivo de la conducta desleal (Italian) y el agente inducido (almacenes de cadena de todo el país) existía una relación contractual, al punto que todos los destinatarios de la misiva comercializan en sus establecimientos los productos identificados con el signo GA.MA.

b) Con la comunicación en comento, en especial el aparte donde procede la pasiva a exigirles, a sus destinatarios, con un supuesto fundamento “legal”, que “*retiren del mercado dichos productos*”, es evidente su propósito, que no es otro que motivar el retiro de los productos GA.MA de sus establecimientos, con lo cual, los almacenes de cadena estarían infringiendo sus deberes básicos con Italian. Adicionalmente, obviamente sin este “*impulso*” no lo hubiesen realizado.

c) Tal como se demostró durante el proceso, dicha irrupción, como ya se mencionó, generó que Almacenes La 14 retirara de sus góndolas o estanterías los productos identificados con el signo GA.MA., de donde se obtiene con claridad la idoneidad de la conducta para provocar el incumplimiento por parte de los almacenes de cadena de todo el país.

Por estas razones, este Despacho considera que la conducta realizada por la parte demandada también transgredió los parámetros normativos previstos en el artículo 17 de la Ley 256 de Competencia Desleal

2.4.3. Actos de desviación de la clientela (art. 8º, L. 256/96):

El artículo 8º de la ley de Competencia Desleal determina que “*se considera 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 y comercial.*”

Para efectos de acreditar la ocurrencia del presente acto desleal, es indispensable demostrar, de un lado, que la clientela de los productos GA.MA se abstuvo, efectiva o potencialmente, de adquirirlos para luego obtener los comercializados por la pasiva y, del otro, que lo anterior se hubiese logrado de manera contraria al principio de la buena fe comercial, esto es, que la parte demandada contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistara clientes que de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen preferido la oferta mercantil de Italian. Estas situaciones ciertamente no se acreditaron en el presente asunto, puesto que la actora se abstuvo de demostrar que las publicaciones en cita, en particular aquella del periodico El Espectador, resultó idónea para que sus clientes se abstuvieran de adquirir sus productos y, en cambio, lo hicieran con los comercializados por la demandada.

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 3129 de 2012.

Sentencia N° 4851 de 2012

Por lo anterior, las alegaciones que sustentan el comentado acto, se tendrán como no probadas.

2.4.4. Acto de engaño (art. 11, L. 256/96):

Según la norma en cita: “(...) 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. Se presume 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”.

Para la configuración del acto de engaño, el error a que se refiere se circunscribe a la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos y se proyecta sobre la actividad, prestaciones mercantiles o el establecimiento, lo que constituye la propia prestación o creación material.

Aplicando las anteriores consideraciones, es claro que aquí no se configuró el acto desleal de engaño por cuanto, conforme a los hechos expuestos en la demanda, la pasiva no dirigió su conducta a inducir en error a los destinatarios sobre los productos en cuestión, sino, como ya se mencionó, a hacer afirmaciones respecto de una conducta imputable a Italian, comportamiento que implicó la incursión en el acto desleal de descrédito.

2.4.5. De la prohibición general (art. 7º, L. 256/96):

Finalmente, la cláusula general de competencia desleal, prevista en nuestro ordenamiento en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, que si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos específicos contemplados en los artículos 8º a 19 de la citada Ley 256, razón por la que la evocación del artículo 7º no resulta viable cuando los tipos alegados no se configuraron por ausencia de prueba o, como en este caso, por la configuración de una conducta en particular, por la que tampoco es posible acoger las pretensiones con base en la comentada cláusula general.

2.5. Pretensión Indemnizatoria:

En materia de perjuicios, es la parte interesada quien tiene la carga de probar su existencia y cuantía, consideración que cobra toda la importancia en casos como el que acá se trata en tanto que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, la declaración de la existencia de un acto de competencia desleal no supone la causación de un daño patrimonial específicamente a quien denunció su ocurrencia⁹.

Con este propósito, la actora pidió la realización de una prueba pericial (fls. 49 a 126, cdno. 35 y fls. 68 a 94, cdno. 42), con la cual pretendió cuantificar los rubros a indemnizar por los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

En primer lugar, referente al **daño emergente**, téngase en cuenta que la actora solicitó que se le indemnizara la inversión adicional en publicidad y los gastos por asesoría jurídica que se generaron con ocasión de las cartas dirigidas por la pasiva a los almacenes de cadena.

⁹ Cas. Civ. Sent. de noviembre 19 de 1999, exp. 5091.

Sentencia N° 4851 de 2012

Sobre el valor adicional de inversión en publicidad, debe decirse que el incremento porcentual hallado por la auxiliar fue del 55% con respecto al mismo periodo del año anterior, para un total de \$153'727.688 (fl. 107, cdno. 35), no obstante, dicha cifra fue objetada por la actora por cuanto, a su juicio, la perito no tuvo en cuenta toda la información suministrada (fls. 176 a 180, cdno. 42).

Corresponde entonces resolver la objeción formulada. Para este propósito, se debe señalar que la auxiliar tenía como deber establecer el mayor gasto en publicidad en la ciudad de Medellín, y así lo hizo, luego no puede ahora la demandante dolerse de haber solicitado con otro alcance la prueba. Además, los datos usados por la auxiliar fueron aquellos a los que tuvo acceso y de los cuales no hay elementos de juicio para descartar, motivo por el cual la pericia sí brinda a este Despacho suficientes criterios de veracidad para tenerla en cuenta, aunque no en su totalidad como se verá, a efectos de calcular los perjuicios sufridos con ocasión de la conducta desleal declarada.

Ahora bien, aunque la auxiliar dictaminó la suma de \$153'727.688 como valor adicional en publicidad con ocasión del descrédito, a juicio de este Despacho tal afirmación no se ajusta a la realidad, toda vez que, como se evidencia en el gráfico de valores pagados por publicidad (fl. 107, cdno. 35), esa es la cantidad total de inversión en publicidad durante los meses de octubre (\$104'667.197), noviembre (\$29'308.243) y diciembre (\$19'752.248) de 2008, de donde se sigue, entonces, que, obviamente, no es este el monto adicional en que incurrió la actora para contener los efectos del acto desleal aquí declarado.

En este orden de ideas, considera el Despacho que la forma más idónea para llegar a la cifra que se pretende indemnizar es atendiendo la información encontrada por la perito, hallando sobre esa base buscar un promedio de inversión en publicidad por mes y luego encontrando el monto que exceda esa media, el cual corresponderá a la inversión adicional en publicidad.

Así las cosas, está claro que los picos generados por el mayor valor corresponden a los meses de octubre de 2008 (\$104'667.197) y enero de 2009 (\$79'500.434), mientras que los meses de noviembre (\$29'308.243) y diciembre (\$19'752.248) de 2008 constituyen la parte inferior de la curva, es decir, los meses en que menos se invirtió en publicidad. Entonces, los meses de noviembre y diciembre de 2008 servirán de soporte para hallar el promedio invertido en publicidad por Italian, obteniendo como resultado \$24'530.245 mensuales.

A continuación, a cada uno de los valores altos (octubre de 2008 y enero de 2009) se le descontará el promedio que venía gastando en publicidad y esta cantidad corresponderá al monto a indemnizar por este concepto. ($104'667.197 - 24'530.245 = 80'136.952$. y $79'500.434 - 24'530.245 = 54'970.189$). Para un total de **\$135'107.141**).

En cuanto a los gastos por asesoría jurídica en que debió incurrir la demandante, a efectos de responder a los requerimientos realizados por los almacenes de cadena con ocasión de las comunicaciones desacreditadoras de la pasiva, debe tenerse de presente que la auxiliar dictaminó la suma de \$34'708.397. Sin embargo, esta cantidad incorpora los conceptos de elaboración y presentación de las medidas cautelares solicitadas en este asunto (\$14'485.447) y los gastos generados con ocasión de este trámite (\$19.961), sumas que no serán tenidas en cuenta en tanto que no corresponden al daño emergente.

En este orden de ideas, a la cifra inicialmente reportada (\$34'708.397) se le descontará el valor que no corresponde al daño emergente sufrido por la actora (\$14'505.408), para un total indemnizable por este concepto de **\$20'202.989**.

En segundo lugar, en lo que toca al **lucro cesante**, que sin lugar a dudas el daño demostrado comprende únicamente los ocho (8) días que Almacenes La 14 retiró los productos GA.MA de los estantes de sus diferentes establecimientos en las ciudades de Cali, Pereira, Manizales,

Sentencia N° 4851 de 2012

Tuluá, Palmira, Buenaventura y Alfaguara, ya que no se demostró que el *good will* de los productos GA.MA se hubiera menoscabado (art. 177 C.P.C.), se tiene que el dictamen pericial no arrojó una cifra exacta sobre ese particular (fl. 113, cdno. 35).

Sin embargo, existen elementos de juicio, en el expediente y en el dictamen que permiten a este juzgador encontrar una cifra objetiva a indemnizar.

En efecto, como puede evidenciarse, las ventas realizadas por la demandante a esta cadena de almacenes durante todo el mes de diciembre ascendió a \$101'051.820 (fls. 57, 60, 61 y 145, cdno. 21) por planchas para el pelo y \$15'468.327 (fls. 11, 13 y 46, cdno. 22) por secadores para el pelo, para un total de ventas (de Italian a Almacenes La 14) de \$116'520.147.

Puestas de este modo las cosas, apelando a las reglas de la experiencia, de esta suma total se puede llegar al valor diario que permitiría estimar lo concerniente a los ocho (8) días en que se dejaron de vender los productos en dicho establecimiento que, obviamente, significó que Almacenes La 14 no comprara productos de la actora por ese periodo.

Entonces, $\$116'520.147/31$ (días del mes) = $\$3'758.715$, que corresponde a las posibles ventas diarias de Italian a La 14. Luego, se multiplicará esta cifra por el número de días en que se suspendieron las ventas (8), para un total de **\$30'069.715**.

No se concederá indemnización alguna por concepto de perjuicios morales porque la parte actora, en su condición de persona jurídica, no es susceptible de padecer ese tipo de daño.

Por lo anterior, el monto a indemnizar es: \$185'379.845.

Finalmente, los **\$185'379.845**. resultantes a título de indemnización, que están expresados a valores de diciembre de 2008, se indexarán con base en el I.P.C. del último mes completo para la fecha de esta providencia, por lo que, finalmente, luego de aplicada la fórmula en mención¹⁰, la indemnización por el concepto en comento se fija en la suma de **\$206'364.843.**, la cual deberá ser pagada en porcentajes iguales por los demandados dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Pasado este término, deberán reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.

DECISIÓN

En mérito de la expuesto, el Delegado para Asuntos Jurisdiccionales Ad-Hoc de 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

PRIMERO: Declarar que Importadora Comercial de Belleza S.A. (Impobe) y Carlos Mario de Jesús Vega Cuartas incurrieron en los actos de competencia desleal de descrédito e inducción a la ruptura contractual (arts. 12 y 17, ley 256/96), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a Carlos Mario de Jesús Vega Cuartas a publicar, en el periódico El Espectador, en día domingo, un comunicado con las mismas dimensiones de aquel obrante a folio 192 del cuaderno 1 de este expediente, con la transcripción de la parte resolutive de esta sentencia, antecedida de la siguiente inscripción:

¹⁰ $\$185'379.845 \times (111,32/100.00) = \$206'364.843$.

Sentencia N° 4851 de 2012

Carlos Mario de Jesús Vega Cuartas, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.265.728, INFORMA QUE: con ocasión de la publicación realizada el día 7 de diciembre de 2008, la Superintendencia de Industria y Comercio declaró la configuración de los actos desleales de descrédito e inducción a la ruptura contractual en los siguientes términos.

TERCERO: Condenar a Importadora Comercial de Belleza S.A. (Impobe) a enviar una carta dirigida a los almacenes Alkosto, Carrefour, La 14 y Cafam en la cual se transcriba la parte resolutive de esta sentencia, antecedida de la siguiente inscripción:

Importadora Comercial de Belleza S.A. (Impobe) INFORMA QUE: con ocasión de la carta enviada a ustedes el pasado 22 de diciembre de 2008, la Superintendencia de Industria y Comercio declaró la configuración de los actos desleales de descrédito e inducción a la ruptura contractual en los siguientes términos.

CUARTO: Declarar no probadas las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

QUINTO: Condenar a Importadora Comercial de Belleza S.A. (Impobe) y Carlos Mario de Jesús Vega Cuartas a pagar a la parte demandante, en porcentajes iguales, solidariamente, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de **\$206'364.843.**, por concepto de indemnización de perjuicios a la misma, por las razones expuestas en la parte motiva. Pasado ese término sin que realicen el pago, deberán reconocer intereses de mora a la parte demandante a la tasa del 6% efectivo anual.

SEXTO: Condenar en costas a los demandados. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales Ad-Hoc

JOSÉ ALEJANDRO BERMÚDEZ DURANA