



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 6 2 8 4 8** DE 2017

(**0 3 OCT 2017**)

Radicación No. 11-44619

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², la Ley 256 de 1996³ y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 35143 del 16 de junio de 2017 (en adelante Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.** (en adelante **ALPINA**), **ALIMENTOS DE MADRID S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** (en adelante **ALIMENTOS DE MADRID**), **CEUCO DE COLOMBIA LTDA.** (en adelante **CEUCO**), **PRODUCTOS LÁCTEOS EL RECREO S.A.** (en adelante **EL RECREO**) y **ALIMENTOS DEL VALLE S.A. ALIVAL S.A.** (en adelante **ALIVAL**), por violar el régimen de competencia desleal administrativa al haber actuado en contravención del artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

En la misma Resolución, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió archivar la actuación administrativa en favor de **ALPINA**, **ALIMENTOS DE MADRID**, **CEUCO**, **EL RECREO**, **ALIVAL**, **ALIMENTOS EL JARDÍN S.A.** (en adelante **EL JARDÍN**), **DISTRILÁCTEOS DEL VALLE S.A.** (en adelante **DISTRILÁCTEOS DEL VALLE**), **NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.** (en adelante **NESTLÉ**), **PARMALT COLOMBIA LTDA.** (en adelante **PARMALAT**), **PRODUCTOS LÁCTEOS COLFRANCE C P S. EN C. EN REORGANIZACIÓN** (en adelante **COLFRANCE**) y **SERGIO GUILLERMO FORERO CORREA** en su calidad de comerciante, ex propietario del establecimiento de comercio **LÁCTEOS LA ARBOLEDA** por no encontrarse demostrado que infringieron los artículos 10 y 18 de la Ley 256 de 1996.

Así mismo, se archivó la investigación en favor de **DISTRILÁCTEOS DEL VALLE**, **NESTLÉ**, **DISTRILÁCTEOS DEL VALLE**, **PARMALT**, **COLFRANCE** y **SERGIO GUILLERMO FORERO CORREA** en su calidad de comerciante, ex propietario del establecimiento de comercio **LÁCTEOS LA ARBOLEDA** por no encontrarse demostrado que infringieron el artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

Finalmente, también se archivó la investigación en favor de **ALMACENES LA 14 S.A.** (en adelante **LA 14**), **ALMACENES YEP S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** (en adelante **YEP**) y **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO** (en adelante **COLSUBSIDIO**) por no encontrarse demostrado que infringieron los artículos 10, 11 y 18 de la Ley 256 de 1996.

En términos generales, el Despacho decidió sancionar a **ALPINA**, **ALIMENTOS DE MADRID**, **CEUCO**, **EL RECREO** y **ALIVAL** al haberse demostrado en la investigación que en el proceso de comercialización de mezclas lácteas, bebidas lácteas, alimentos lácteos, preparaciones alimenticias y bebidas a base de leche, sus productos fueron identificados y exhibidos dentro de los establecimientos de comercio con elementos visuales que, en conjunto, fueron susceptibles de ser asociados por el consumidor con la leche, lo cual no permitía su diferenciación respecto de esta,

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

situación que fue susceptible de inducir a error al consumidor respecto de la naturaleza y características de los productos.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, las personas jurídicas sancionadas interpusieron recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria.

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes:

2.1. Argumentos de ALPINA

- La inclusión de la leyenda en el empaque "bebida a base de leche" no es una decisión libre ni caprichosa de **ALPINA**, pues su uso es el resultado del cumplimiento de la Resolución No. 5109 de 2005, que exige incluir dentro de la etiqueta el nombre del alimento de que se trate, indicando a través de esta denominación, la naturaleza del producto que se ofrece a los consumidores.
- Teniendo en cuenta que el producto **ALPILAC** es el resultado de la mezcla de leche entera con varios de sus derivados, no cuenta con un nombre establecido en la ley, por lo que, con base en la normatividad aplicable, para la designación del producto debía utilizarse una denominación común o usual como en este caso lo es "bebida a base de leche", el cual es un término de uso corriente y descriptivo apropiado para la clase de producto que se comercializa, teniendo en cuenta que no solo en un porcentaje equivalente al 40% tiene participación de leche, sino por cuanto en su composición participan otros derivados de ese producto principal, tales como suero y crema de leche.
- **ALPINA** obtuvo de la autoridad sanitaria la autorización para la producción y comercialización del producto **ALPILAC**, atendiendo a que tal y como estaba concebida su denominación, el mismo se ajustaba al tipo de producto anunciado, además de cumplir con las normas legales sobre su presentación ante los consumidores.
- El cumplimiento de una obligación normativa no puede a su vez constituir la violación de otra disposición legal, pues de configurarse la conducta del investigado estaría inducida o sería consecuencia de un error legislativo por cuyas consecuencias no estaría llamado a responder.
- La decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio yerra al desconocer que la expresión "bebida a base de leche" empleada en el empaque del producto **ALPILAC** hace referencia al ingrediente principal del producto, por cuanto la leche tiene una presencia del 40% de su composición total.
- El anuncio "bebida a base de leche" precisamente se incluye para que el consumidor conozca que el producto que adquiere es una bebida láctea, en cuya elaboración se incluye la leche como ingrediente principal, siendo en todo caso, un alimento diferente de aquella.
- La Superintendencia de Industria y Comercio pasó por alto la leyenda "NO ES 100% LECHE" que se ubica en la cara frontal del empaque del producto de forma visible.
- Los consumidores también tienen el deber legal de informarse sobre la calidad de los productos que adquieren en el mercado, lo que les impone revisar la información que se les entrega sobre el producto, que en este caso fue puesta a su entera disposición por parte de **ALPINA** de forma clara, visible y legible en la cara frontal del empaque.
- La expresión "bebida a base de leche", por su significado único, obvio y natural, así como por los elementos adicionales que los acompañan, no es susceptible de inducir a error a los consumidores.
- No puede descargarse sobre **ALPINA** la responsabilidad de que las campañas dirigidas a evitar que los consumidores fueran inducidos a error sean acatadas por todos sus clientes, teniendo en cuenta que precisamente la independencia de ellos le impide lograr dicho resultado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2.2. Argumentos de ALIMENTOS DE MADRID y CEUCO

- A pesar de que en la Resolución No. 26724 de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio había fijado su posición frente a las conductas investigadas, en la Resolución 35143 de 2017 el Despacho efectuó conclusiones completamente diferentes a las inicialmente señaladas.
- No obstante en la Resolución No. 26724 de 2016 se absolvió a varias empresas que tenían un empaque similar, o que tenían elementos que efectivamente podían generar evocación de la leche, como vacas, cantinas u otros contenedores, en la Resolución 35143 de 2017 la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a **ALIMENTOS DE MADRID** con base en: (i) el splash blanco; (ii) una cabaña; y (iii) el empaque blanco. Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a **CEUCO** con base en: (i) el splash blanco y (ii) una imagen de fantasía en el empaque.
- Al compararse los empaques de los productos de **ALIMENTOS DE MADRID** y **CEUCO** con los empaques de los productos de las empresas absueltas en la Resolución No. 26724 de 2016, los cuales continúan en el mercado, se observa que no existe una razón lógica para darle un tratamiento diferente a los empaques, toda vez que en prácticamente todos se observan los mismos elementos que fueron sancionados. Este hecho genera inseguridad jurídica y puede constituir una conducta que atenta contra el derecho de igualdad ante la ley.
- La buena fe de **ALIMENTOS DE MADRID** y **CEUCO** se encuentra demostrada en el hecho que el Despacho no encontró reparo alguno en cuanto a las marcas utilizadas, el nombre del producto, el listado de ingredientes, el uso de aseveraciones o indicaciones falsas o incorrectas o que se haya omitido información verdadera.

2.3. Argumentos de EL RECREO

- La facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio ha caducado, teniendo en cuenta que el producto **ECOMILK** no se encuentra en el mercado desde el mes de mayo de 2014 y el acto administrativo contentivo de la sanción fue notificado el 25 de julio de 2017, habiendo pasado el término perentorio de tres (3) años desde el cese de la conducta establecido en la Ley 1437 de 2011 para investigar, sancionar y notificar el acto administrativo sancionatorio al particular.
- El diseño y contenido de la etiqueta de **ECOMILK**, además de informar al consumidor sobre el género y las características del producto, buscó dar cumplimiento a la normatividad sanitaria en materia de rotulado.
- El empaque de **ECOMILK** cumplía todas y cada una de las exigencias legales, ya que mencionaba su género en el rotulado en letra visible y mediana: BEBIDA LÁCTEA.
- El dictamen pericial obrante en el expediente indujo claramente al consumidor a error, ya que las preguntas sobre el género a primera vista, sin verificación del texto de los empaques, hacían que los encuestados respondieran la primera idea que surgía de su cabeza.
- Respecto al adjetivo de "LÁCTEA" que se emplea en el empaque, debe mencionarse que las bebidas lácteas analizadas son realmente un derivado lácteo, ya que el ingrediente de mayor cantidad es la leche y los demás ingredientes son derivados lácteos, por lo que de acuerdo con la Resolución No. 2310 de 1986 del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** (en adelante **MINSALUD**), que no menciona la cantidad de leche que debe tener un producto para caracterizarse como lácteo, **ECOMILK** cumple con los parámetros para poder tener este adjetivo.
- En la medida en que el producto tiene a la leche como ingrediente principal, mayor posibilidad tienen de emplearse las figuras de las vacas, en discrepancia con lo afirmado por el Despacho, y en línea con la interpretación del **INVIMA**.
- La expresión de "BEBIDA LÁCTEA" que se encuentra en el etiquetado de los productos, además de estar llamada a cumplir la función legal de declararse por ser un producto cuyos ingredientes

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

pueden ser altamente alergénicos, inmediatamente informa al consumidor el género del producto, indicando con ello que no se trata de leche.

- Desde su lanzamiento el producto siempre se identificó como **BEBIDA LÁCTEA ECOMILK**, que cuenta con una codificación y un nombre diferente a los de la leche producida en la misma empresa **LECHE EL RECREO**.
- La legislación sobre rotulado no impide la inserción de dibujos como el del animal productor de la leche dentro de la etiqueta, menos si se emplea para aludir a un ingrediente principal del producto. De hecho, se aprueba la inserción en la cara principal del rotulado de los productos alimenticios, de una figura que alude al sabor del producto cuando es natural o idéntico al natural sin restricción alguna.
- Los productos **BEBIDA LÁCTEA ECOMILK** estuvieron en el mercado cumpliendo con todas las exigencias legales pertinentes y el acto administrativo mediante el cual fue conferido su registro sanitario está revestido del principio de legalidad, lo que supone además que para el otorgamiento del mismo se dio una revisión estricta por parte del organismo de control pertinente.
- No se acreditó el ámbito objetivo de aplicación de la norma de competencia desleal, porque en ninguna de las pruebas analizadas consta que el nombre del producto o la inserción de los elementos gráficos de la etiqueta de **ECOMILK** pudiera tener alguna finalidad concurrencial.
- La última fecha de venta del producto **ECOMILK** fue el año 2013, por lo que este año es el que debe tenerse en cuenta para la graduación de la sanción y/o multa.

2.4. Argumentos de ALIVAL

- El producto **DELICAMPO** no compite de forma directa con ninguno de los productos con los que fue comparado en la Resolución Sancionatoria, porque este producto se orientó al mercado de las bebidas o derivados lácteos tipo refresco saborizados y azucarados. La bebida **DELICAMPO** estuvo en el mercado en varios sabores: vainilla, fresa y leche, y es un producto que contiene azúcar, por ello no sustituye a la leche ni intenta asimilarse a la misma.
- La **BEBIDA LÁCTEA SABORIZADA DELICAMPO** no solo cumplía con todos los requisitos legales y sanitarios de etiquetado de este tipo de productos, sino que se presentaba en varios sabores y era una bebida líquida azucarada que se empleaba sola y no como ingrediente de algo. La presencia del saborizante y del azúcar impedían su uso como leche.
- La bebida láctea salió del mercado en el año 2015, pero siempre se expuso con las demás bebidas de vainilla y fresa, por tanto los enunciados relacionados con la posibilidad de confusión por falta de identificación en el mercado se descartan. Pese a la inclusión de un chorro (splash) blanco en la imagen del empaque, las personas la identificaban como un refresco por su contenido de azúcar y posición de exhibición.
- **ALIVAL** mantuvo dentro del comercio la **BEBIDA LÁCTEA SABORIZADA DELICAMPO** dentro de un empaque que cumplió todas y cada una de las exigencias legales y que mencionaba su género en el rotulado en letra legible y mediana justamente en la parte frontal del empaque, tal y como puede verificarse en el plástico que se encuentra en el expediente.
- En el empaque de la **BEBIDA LÁCTEA SABORIZADA DELICAMPO** no se encuentra ni una referencia o característica que no coincida con la realidad del producto y que haya sido introducida al mismo con el objeto de engañar al consumidor.
- Respecto al adjetivo de **LÁCTEA** a que se refiere el Despacho para presumir un supuesto engaño, debe mencionarse que la **BEBIDA LÁCTEA PASTEURIZADA DELICAMPO** es realmente un derivado lácteo, pues el 40% de ella está constituida por leche entera y contiene otros derivados lácteos, por lo que de acuerdo con la Resolución No. 2310 de 1986 del **MINSALUD**, que no menciona la cantidad de leche que debe tener un producto para caracterizarse como lácteo, **DELICAMPO** cumple con los parámetros para poder tener este adjetivo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Solamente resultaría lógico concluir que la intención de **ALIVAL** fue generar confusión con su producto **DELICAMPO** si los textos impuestos en el empaque no cumplieran las obligaciones vigentes en materia rotulado, pero ellos se orientan en todas sus dimensiones a indicar el concepto de bebida láctea y a acatar a reglamentación sanitaria actualmente vigente.
- El vaso de bebida y el chorro que se muestran en la etiqueta son una convención publicitaria en materia de productos líquidos, que se encuentra en muchas bebidas y productos líquidos, pero no es exclusivo de la leche.
- En el empaque debe destacarse el nombre del producto: BEBIDA LÁCTEA en la cara posterior superior del producto en color blanco, sobre un resaltado oscuro dice bebida láctea no leche y la inserción de los ingredientes donde se señalan las verdaderas cualidades del producto a diferencia de las de la leche.
- No se acreditó el ámbito objetivo de aplicación de la norma de competencia desleal porque en ninguna de las pruebas analizadas consta que el nombre del producto o la inserción de los elementos gráficos de la etiqueta de **DELICAMPO** pudiera tener alguna finalidad concurrencial.
- La última fecha de venta del producto **DELICAMPO** fue el año 2015, por lo que este año es el que debe tenerse en cuenta para la graduación de la sanción y/o multa.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, así:

3.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio

EL RECREO manifestó en su recurso de reposición que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio ha caducado, teniendo en cuenta que el producto **ECOMILK** no se encuentra en el mercado desde el mes de mayo de 2014 y el acto administrativo contentivo de la sanción fue notificado el 25 de julio de 2017, pasado el término perentorio de tres años desde el cese de la conducta establecido en la Ley 1437 de 2011 para investigar, sancionar y notificar el acto administrativo sancionatorio al particular.

Al respecto debe el Despacho comenzar por indicar que en materia de protección a la competencia existe una norma especial respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Autoridad Única de Competencia (Superintendencia de Industria y Comercio), contemplada en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

En efecto, el mencionado artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

"Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De esta forma, es claro que el término de caducidad de la facultad sancionatoria cuando se investigan conductas violatorias de las normas de protección de la libre competencia económica es de cinco (5) años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas, y no de tres (3) años como erradamente lo afirma el investigado.

Así bien, teniendo en cuenta que el mismo investigado **EL RECREO** reconoce que como mínimo desde mayo de 2014 dejó de ejecutar la conducta imputada a través de la venta del producto **ECOMILK**, es claro que el término especial de caducidad de cinco (5) años previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 no había transcurrido al momento de expedir y notificar la Resolución Sancionatoria, pues el mismo finalizaría como mínimo en mayo de 2019.

Por lo anteriormente expuesto, el argumento de caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar la conducta imputada a **EL RECREO** no está llamado a prosperar y, por lo tanto, será rechazado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con que los productos investigados cumplen con las disposiciones legales

Los impugnantes coincidieron en manifestar en sus recursos que el uso en los empaques de sus productos de elementos alusivos a la leche, obedeció al cumplimiento de las disposiciones legales que obligan a incluir en la etiqueta la naturaleza del alimento. Lo anterior, en la medida en que la leche es el ingrediente principal de los productos analizados.

Así mismo, sostuvieron que la autoridad sanitaria (**INVIMA**) autorizó la producción y comercialización de sus productos mediante un acto administrativo revestido del principio de legalidad, al considerar que cumplían con todas las exigencias legales sobre su presentación ante los consumidores.

Frente a estos argumentos, el Despacho advierte que en efecto las disposiciones legales a las que hacen referencia⁴ disponen que los envases o empaques de estos productos no solo deben incluir la identificación de la verdadera naturaleza del producto, sino que deben asegurarse de que la misma no induzca en engaño o error al consumidor. De igual manera, se prohíbe: **i)** el expendio, exhibición o venta de derivados lácteos en envases que carezcan de rótulo o contengan la información incompleta, se encuentren deteriorados parcialmente arrancados o incluyan textos ilegibles; **ii)** la utilización de marcas, frases, emblemas, signos o representaciones gráficas que pueden producir al comprador confusión, vacilación o duda sobre la verdadera naturaleza del producto o sobre su composición y calidad, así como expresiones tales que exageren la bondad del mismo; y, **iii)** el uso de referencias, consejos, advertencias, opiniones o indicaciones que puedan sugerir que las sustancias o componentes del producto tienen propiedades medicinales o indicaciones terapéuticas de carácter preventivo o curativo.

Por su parte, la Resolución No. 5109 del 29 de diciembre de 2005, expedida por el **MINSALUD** establece en su artículo 4 los requisitos generales en relación con el rótulo de los alimentos para consumo humano, dentro de los cuales se prevé, entre otros aspectos, que este no debe describir o presentar el producto de **"forma falsa, equívoca, engañoso o susceptible de crear una impresión errónea en cuanto a su naturaleza"**, tampoco debe **"contener palabras, ilustraciones, gráficas que refieran o sugieran cualquier producto con el que el producto de que trate pueda confundirse, por llevar al consumidor a suponer que se relaciona de alguna forma con otro producto"**⁵. (Negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, las normas que establecen la forma de rotulación del producto son claras al precisar que ante todo debe evitarse presentarlo a los consumidores de forma falsa, equívoca, engañosa o susceptible de crear una impresión errónea en cuanto a su naturaleza. De tal suerte, no puede aceptarse que los investigados se amparen en el hecho de que sus productos contienen leche, para presentarlo a los consumidores de manera engañosa induciéndolos en el error de considerar que se trata de leche, sin realmente serlo.

Si bien este Despacho reconoce que los productos analizados, en su calidad de derivados lácteos, carecen de una definición legal por falta de regulación específica de las autoridades competentes, ello no puede implicar que sus productores y comercializadores puedan presentarlos de manera engañosa a los consumidores induciéndolos en el error de que se trata de leche. Por el contrario, esta ausencia de definición legal específica les impone a dichos productores y comercializadores la obligación de tener especial diligencia y cuidado al momento de rotular este tipo de productos, precisamente porque al contener leche como su ingrediente principal, se incrementa el riesgo de una posible confusión en los consumidores, quienes desconocen la diferencia entre estos productos y la leche.

Al respecto, tal y como lo ha indicado la Delegatura, debe insistirse en que las *bebidas lácteas, mezclas lácteas, alimentos lácteos, preparaciones alimenticias y bebidas a base de leche* constituyen un mercado en desarrollo en el que aún existe un notable desconocimiento por parte del consumidor acerca de la naturaleza cierta de estos productos, y sus características y diferencias frente a la leche, de ahí que el deber de cuidado tanto en su presentación e introducción en el mercado demandaba por parte de los productores y comercializadores una carga de diligencia que

⁴ **MINSALUD**. Artículos 125 a 129 de la Resolución No. 2310 de 1986.

⁵ **MINSALUD**. Artículo 4 de la Resolución No. 5109 del 29 de diciembre de 2005.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

no podían desatender, más aún si se tiene en cuenta que el mercado objetivo era la población con menores ingresos.

En efecto, la condición de mercado emergente y en proceso de consolidación de los productos analizados, supone que los consumidores carecían de un conocimiento previo acerca de la existencia, naturaleza y características de las mezclas lácteas, bebidas lácteas, alimentos lácteos y preparaciones alimenticias, lo que sumado a que comparativamente existe una alta sustituibilidad de los mismos con la leche en materia de usos, más no en cuanto a precios y características, implica un riesgo natural incrementado de que el consumidor concluya erróneamente que el producto es leche.

En adición de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el riesgo de inducir en error a los consumidores era superable, contrario a lo manifestado por los recurrentes al pretender persuadir al Despacho de que era imposible presentar sus productos sin incluir alusiones directas a la leche que generaban el riesgo de inducirlos en error. Así lo acredita la conducta de algunos de los investigados en el presente trámite y en la actuación administrativa adelantada bajo el radicado No. 10-81730, quienes fueron exonerados al demostrarse que presentaban su producto a los consumidores sin el riesgo de inducirlos en el error de considerar que fuera leche. Esto, en contraste, con el actuar desleal desplegado por los agentes sancionados en donde son manifiestos los supuestos fácticos en los que se fundamentan las conductas desleales examinadas.

En conclusión, deben rechazarse los argumentos de los recurrentes relacionados con que les resultaba absolutamente necesario usar términos alusivos a la leche en la presentación de sus productos debido a que esta era el ingrediente principal de los mismos, toda vez que en los productos conocidos como mezclas lácteas, bebidas lácteas, alimentos lácteos y/o preparaciones alimenticias, el uso de términos o imágenes alusivas a la leche se encuentra permitido para hacer referencia a la naturaleza, denominación y composición de los productos, siempre que no induzcan a error al consumidor, como se demostró que lo hicieron los sancionados.

Por último, frente al argumento relacionado con la alegada "presunción de legalidad" de los productos analizados, fundada en el hecho de que cuentan con registro sanitario vigente, este Despacho advierte que al margen de que los actos administrativos expedidos por el **INVIMA** para otorgar el registro sanitario a los alimentos examinados gozan de firmeza y se presumen legales, el presente trámite tiene por propósito determinar si se incurrió en una conducta de competencia desleal administrativa, para lo cual resulta irrelevante discutir la legalidad o el contenido de los registros sanitarios, pues en la presente actuación no se está analizando una eventual infracción de normas sanitarias.

Sin embargo, vale la pena tener en cuenta que el acto administrativo por medio del cual se expide el registro sanitario es de carácter "automático", debido a que el **INVIMA** al otorgarlo verifica que el productor allegue una información legal mínima⁶, no analiza los empaques, pues estos no deben presentarse para adelantar el trámite registral; es solo cuando el peticionario solicita la autorización de las etiquetas o envases que el **INVIMA** realiza una revisión, en los términos de lo previsto en la Resolución No. 5109 de 2005 expedida por el **MINSALUD**, y en dicha verificación según lo informado por el **INVIMA** se revisa básicamente que la etiqueta esté conforme con la información indicada en la ficha técnica⁷.

⁶ **"Decreto 3075 de 1997. Artículo 45. Solicitud del Registro Sanitario.** Para la obtención del registro sanitario el interesado deberá presentar los documentos que se señalan para cada caso:

A. Para alimentos nacionales.

1. Formulario de solicitud de registro sanitario en el cual se consignará la siguiente información: Nombre o razón social de la persona natural o jurídica a cuyo nombre se solicita el registro sanitario y su domicilio; Nombre o razón social y ubicación del fabricante; Nombre y marca (s) del producto; y, Descripción del producto.
 2. Certificado de existencia y representación legal del interesado, cuando se trate de persona jurídica o registro mercantil cuando se trate de persona natural.
 3. Certificado de existencia y representación legal o matrícula mercantil del fabricante, cuando el alimento sea fabricado por persona diferente al interesado.
 4. Recibo de pago por derechos de registro sanitario establecidos en la ley.
- (...)"

⁷ Al respecto, en declaración rendida el 10 de mayo de 2012, **NUBIA LETICIA MARTÍNEZ ESPEJO** Coordinadora del Grupo de Alimentos y Bebidas Alcohólicas de Registro Sanitario del **INVIMA** para el año 2012, afirmó:

"DELEGATURA: ¿Qué criterios aplica el **INVIMA** en el proceso de expedición del registro sanitario?

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Es claro, entonces, que la competencia del **INVIMA** en cuanto al registro de alimentos, no riñe con las atribuciones de esta Superintendencia, como autoridad única en materia de competencia, para revisar la presentación comercial de los productos aquí examinados cuando pueda verse afectada la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, para efectos de investigar y sancionar actos de competencia desleal administrativa, como los que son objeto de la presente investigación.

3.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos particulares de la etiqueta de los productos investigados

Los recurrentes presentaron argumentos sobre algunos aspectos particulares de cada una de las etiquetas de sus productos, dirigidos a demostrar que estos, analizados individualmente, no inducían en error a los consumidores. En efecto, se presentaron varios argumentos en este sentido, tales como los manifestados por **ALPINA**, que señaló que en la etiqueta de su producto se encontraba la leyenda "NO ES 100% LECHE", con lo cual resultaba clara la inexistencia de su conducta. Por su parte, **ALIVAL** y **EL RECREO** señalaron que la inserción del animal bovino que habían realizado en sus etiquetas estaba permitida por la legislación sobre rotulado, al paso que mostrar un vaso de bebida y un chorro en la etiqueta no es exclusivo de la leche. Por último, **ALIMENTOS DE MADRID** y **CEUCO** indicaron que algunos de los ítems de sus empaques reprochados por la Delegatura, correspondían a los elementos utilizados por las empresas absueltas en la Resolución No. 26724 de 2016, razón por la cual debían ser igualmente absueltos.

Al respecto, el Despacho reitera a los recurrentes que las sanciones impuestas no obedecieron a un análisis individual de los elementos utilizados para promocionar los productos (imágenes, gráficos, expresiones etc.), pues por lo general estos por sí solos no pueden producir efectos de engaño. En su lugar, el ejercicio realizado por el Despacho consistió en considerar todos los elementos utilizados y analizar si en su conjunto y de acuerdo con la forma en que fueron utilizados, pudieron llegar a constituirse en una conducta idónea para inducir a engaño al consumidor.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio en decisiones jurisdiccionales respecto de casos de competencia desleal relacionados con actos constitutivos de engaño ha señalado lo siguiente:

"(...)

Ciertamente, del estudio del contenido de la pruebas documentales aportadas al expediente por las partes – catálogos de venta de la demanda -, puede concluirse que aun cuando los elementos utilizados para promocionar a "Ebel Paris" y los productos franceses – imágenes, gráficos, textos alusivos a Francia y París- de la pasiva, individualmente considerados no podrían producir los efectos de engaño en el consumidor denunciados por la actora, lo cierto es que ellos en conjunto, tal y como fueron manejados al lado de los productos de Ebel con origen francés, aquellos que no lo eran, resultó ser una conducta idónea para inducir a engaño al consumidor acerca de la procedencia de la totalidad de los productos ofrecidos.

NUBIA LETICIA MARTÍNEZ ESPEJO: *Pues, no ceñimos con lo establecido en el decreto marco de alimentos que es el Decreto 3075 del 1997, el Decreto 3075 del 1997 establece que el registro sanitario se otorga de manera inmediata, por eso es un registro que llamamos automático, que previo a unos requisitos que establece este Decreto en el artículo 45, ahí establece que se debe aportar una información técnica, ahí dice, una información técnica, pues, que nosotros diseñamos un modelo, que es la ficha técnica y una información legal, que es el certificado de existencia y representación legal del titular y fabricante, y un recibo por una derechos de ese registro sanitario, realmente esos son los requisitos que se exigen conforme al decreto, que ese hace esos requisitos los aportan en atención al usuario, allí los revisa un ingeniero y un abogado si están conforme, o sea, si están los requisitos establecidos en la norma se otorga el registro sanitario automático, (...)*

DELEGATURA: *¿En algún momento para expedición del registro sanitario se les exige a los productores o a los proveedores el empaque del producto?*

NUBIA LETICIA MARTÍNEZ ESPEJO: *Material de empaque no el empaque como tal, que nos describa el material de empaque o allegue ficha del material de empaque, (...)*. (Subrayado propio de la Delegatura). Actuación radicada con el No. 10-81730 del 8 de febrero de 2016 (caso **MEZCLAS LÁCTEAS I**). Folios 4310 del cuaderno público No. 21 del expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(...)"⁸ (Subrayado fuera de texto)

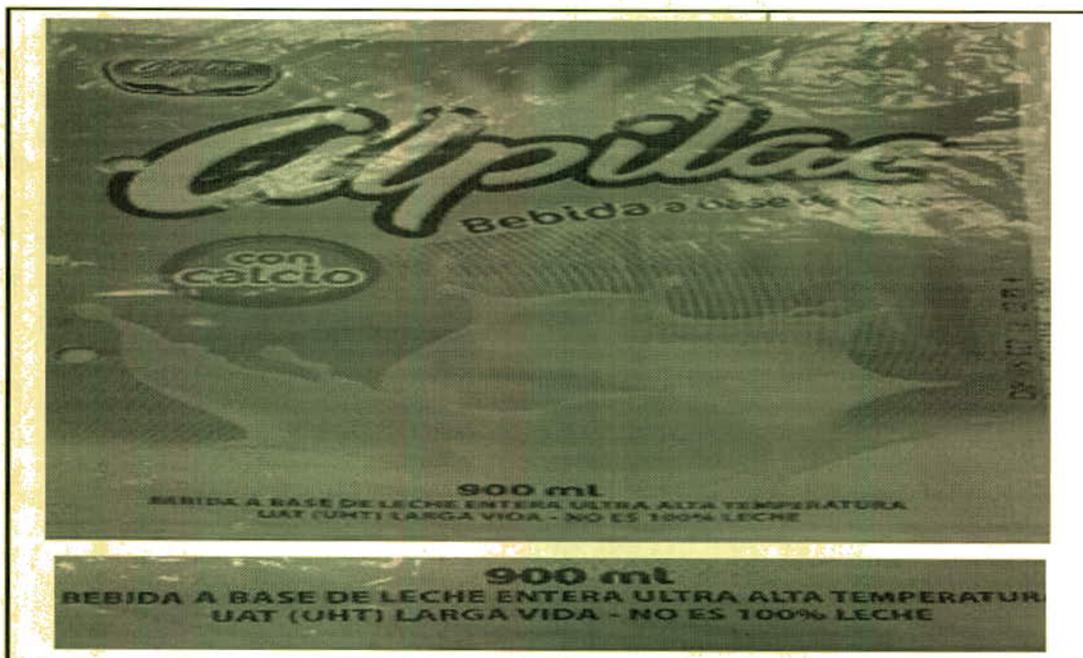
Para el caso particular, este Despacho reitera que los impugnantes no fueron sancionados por el uso individual de elementos tales como imágenes de un animal bovino productor, vasos, jarras, recipientes con líquido blanco, *splash* blanco, cantinas u otros contenedores, pues como se dijo, su utilización no puede por sí misma considerarse como suficiente para inducir a engaño, ya que estas deben analizarse en conjunto con otros elementos incluidos en los empaques, especialmente con la utilización de expresiones directamente evocativas de la leche.

Es así como en este caso los elementos que podrían tornarse engañosos para el consumidor o violatorios de la ley, no se limitan a los anteriormente señalados individualmente, pues es su uso en conjunto, simultáneamente con los demás elementos expuestos en la Resolución Sancionatoria, lo que genera el riesgo de inducir en error al consumidor, dada la naturaleza propia del producto en cuestión⁹. Esto no sucede, por ejemplo, en el caso de otros productos derivados lácteos, tales como los yogures, quesos, mantequillas, pues la expectativa de quien los adquiere en este caso no es la de sustituir los usos de la leche.

Para mayor ilustración, a continuación el Despacho presentará nuevamente los elementos de los empaques de las empresas impugnantes, los cuales, analizados en conjunto y no de manera individual como pretenden que se realice en sus recursos de reposición, condujeron a la conclusión de que su conducta resultó engañosa para los consumidores.

- ALPINA

Imagen No. 1: Bebida a base de leche Ultra Alta Temperatura UAT (UHT) larga vida ALPILAC producida por ALPINA



⁸ Sentencia No. 026 del 6 de diciembre 2010 de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁹ "El número de marcas de fórmulas lácteas se ha incrementado considerablemente en los últimos años, y nuestro estudio arroja dos problemas graves en estos productos. El primero es que la mayoría utiliza engañosamente la palabra "leche", a pesar de que no lo son, o recurren indebidamente a imágenes para sugerir que son leche. Además, en los anaqueles de las tiendas se ubican junto a productos que sí son leche, por lo que es fácil que se les confunda. Desafortunadamente, la actuación de Profeco se ha visto limitada, a pesar de este engaño, debido a un artilugio legal: la palabra "leche" dentro de la marca está registrada ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) como parte del nombre." Procuraduría Federal del Consumidor-PROFECO (en adelante PROFECO). Leche y fórmulas... ¿lácteas? quiénes y cómo nos engañan de acuerdo con el estudio realizado por el Laboratorio Nacional de Protección al Consumidor. México. Disponible en: <http://www.consumidor.gob.mx/wordpress/wp-content/uploads/2012/04/rc-356-leches-y-formulas.pdf>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Alpilac
Bebida a base de leche entera Ultra Alta Temperatura UAT (UHT) larga vida

En Alpina estamos comprometidos con la nutrición de la población y por ello hemos desarrollado Alpilac, una bebida a base de leche, con calcio que ofrece nutrición, cremosidad y un delicioso sabor. Un producto con un precio al alcance de todos para que nunca falte en tu hogar, total para que alimentes a tu familia diariamente y prepares todas tus recetas con un producto delicioso para tomar o combinar.

Información Nutricional
Tamaño por porción 1 vaso (250 mL)
Porciones por empaque aprox. 4

Cantidad por porción	Porcentaje de Grandes % Valor Diario*
Calorías 130	
Grasa Total 6g	12%
Grasa Saturada 3.5g	7%
Grasa Trans 0g	0%
Coolesterol 10mg	2%
Sodio 120mg	6%
Carbhidrato Total 14g	3%
Fibra Alimentaria 0g	0%
Azúcares 13g	26%
Proteína 4g	8%
Vitamina A 10%	Vitamina C 0%
Calcio 300%	Fibra 0%

* Los porcentajes de valores diarios están basados en una dieta de 2000 calorías. Sus valores diarios pueden variar por razones o razones dependiendo de sus necesidades calóricas.

Bebida a base de leche entera Ultra Alta Temperatura UAT (UHT) larga vida

Ingredientes: leche entera higienizada, suero de leche, agua, crema de leche, maltodextrina, estabilizantes (celulosa microcristalina, carboximetilcelulosa, goma xantana), azúcar, sabor a leche idéntico al natural, estabilizante (tripolifosfato de sodio).

Fuente: información aportada por ALPINA¹⁰.

- En la parte frontal del empaque se incluye la expresión "bebida a base de leche" en la parte superior debajo del nombre y en la parte inferior, lo cual individualmente considerado no es susceptible de inducir a engaño.
- El Despacho no encuentra que en el envase del producto se hayan utilizado o difundido aseveraciones o indicaciones falsas o incorrectas, o que se haya omitido información verdadera, ya que se identifica claramente el producto como "bebida a base de leche entera Ultra Alta Temperatura UAT larga vida" y se indican con claridad sus ingredientes.
- El empaque contiene una imagen del *splash* blanco que no resulta evocativa de la leche y que por sí sola y considerada aisladamente no induce a engaño, pero sí refuerza la inducción al error generada por el uso de la expresión "bebida a base de leche" dos veces en la parte frontal del empaque.

De acuerdo con lo anterior, para el Despacho la presentación comercial del producto resultaba susceptible de inducir a error al consumidor, toda vez que el mismo podía basar su decisión de compra en aquella.

En adición de lo anterior, como puede observarse a continuación, en el expediente obran los registros documentales de las campañas de información y promoción de la bebida a base de leche ALPILAC aportados como soporte de los hechos informados en declaración por **JORGE ALEJANDRO MOJICA**, Gerente de marca del negocio de quesos y grasas de **ALPINA**, los cuales revelan que el producto en las tiendas y mini mercados de barrio se exhibió en la misma góndola, estante o nevera de las leches e incluso se identificó, por un comerciante como "leche ALPILAC".

¹⁰ Cfr. Folio 980 del cuaderno público No. 5 del expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"



Fuente: información aportada por ALPINA¹¹.

- ALIMENTOS DE MADRID

Imagen No. 2. Bebida láctea pasteurizada RANCHO ALTO producida por ALIMENTOS DE MADRID



Fuente: Información aportada por ALIMENTOS DE MADRID¹²

¹¹ Cfr. Folio 2818 del cuaderno reservado No. 2 del expediente.

¹² Cfr. Folio 788 del Cuaderno Público No. 4 del expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

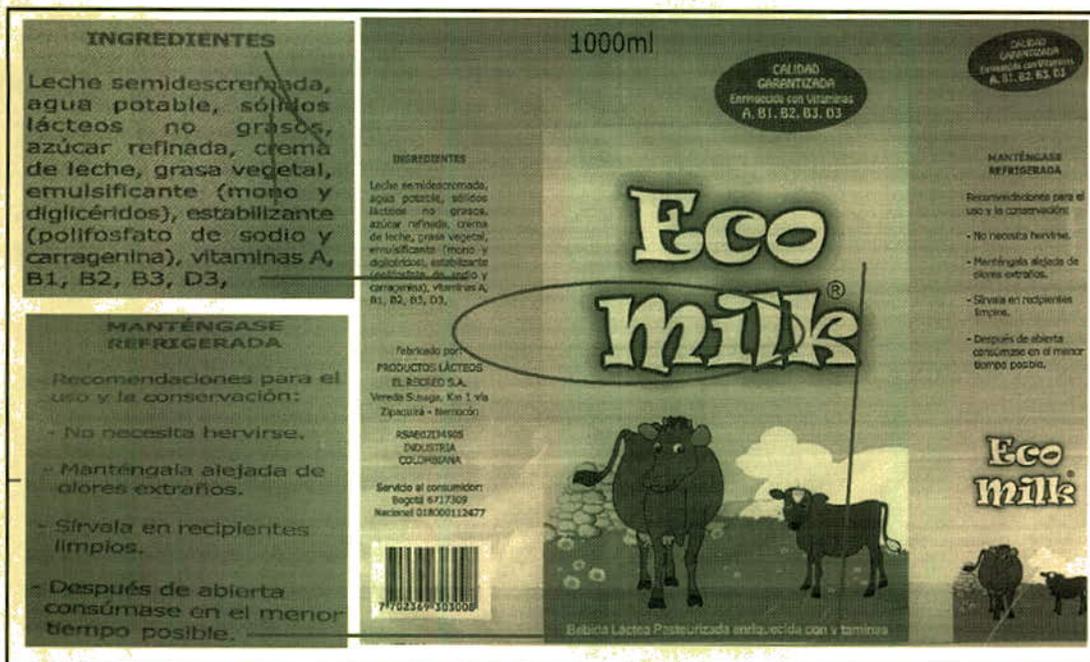
respecto de su naturaleza y características, de manera tal que puede basar su decisión de compra en esa circunstancia.

- Esto fue confirmado por el dictamen pericial practicado en el que se concluyó que del total de los entrevistados el 80% dijo que era leche.

Por estas razones, el Despacho consideró que este empaque configuraba una infracción del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, por cuanto el elemento visual central del empaque correspondiente al splash de color blanco que simula la imagen de una vaca resultaba determinante en la asociación del producto con la leche.

- EL RECREO

Imagen No. 4. Bebida láctea pasteurizada enriquecida con vitaminas ECOMILK producida por EL RECREO



Fuente: Información aportada por EL RECREO¹⁴

- Se encuentra un campo en el que se aprecia una vaca de gran tamaño con un ternero por lo que contiene elementos visuales que, en conjunto, son susceptibles de ser asociados por el consumidor con la leche, por cuanto el animal productor de la leche bovina (vaca), corresponde a una de las representaciones gráficas recurrente en los empaques de las leches. Lo anterior, puede inducir al consumidor en error respecto de su naturaleza y características, de manera tal que puede basar su decisión de compra en esa circunstancia.
- Esto fue confirmado por el dictamen pericial practicado en el que se concluyó que del total de los entrevistados el 89% dijo que era leche.

Por estas razones, el Despacho consideró que este empaque configuraba una infracción del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, por cuanto contenía elementos visuales que, en conjunto, eran susceptibles de ser asociados por el consumidor con la leche, por cuanto el animal productor de la leche bovina (vaca), corresponde a una de las representaciones gráficas recurrente en los empaques de las leches. Lo anterior, resultó suficiente para concluir que la impresión del consumidor, acerca de la presentación del producto, podía inducirlo en error respecto de su naturaleza y características, de manera tal que podía basar su decisión de compra en esa circunstancia.

En conclusión, para el Despacho no pueden ser de recibo los argumentos de los impugnantes relacionados con pretender demostrar la inexistencia de la conducta desleal a través de una valoración fragmentada de los elementos de las etiquetas de sus empaques, tomando solo uno o un grupo de elementos que resultan supuesta o posiblemente convenientes para indicar que su producto no resultaba engañoso, pero desatendiendo los demás elementos que fueron tenidos en cuenta por el Despacho, los que analizados en su conjunto, impusieron la conclusión de que su

¹⁴ Cfr. Folio 1387 y 1389 del Cuaderno Público No. 6 del expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

conducta resultó engañosa para los consumidores, de acuerdo con la imputación fáctica a que se refiere la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos proferida en la presente investigación administrativa sancionatoria.

3.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos de ALIVAL relacionados con que su producto no compite con los demás analizados

ALIVAL manifestó en su recurso de reposición que su producto **DELICAMPO** no compite con ninguno de los productos con los que fue comparado en la Resolución Sancionatoria, porque el mismo se presentaba en sabores de vainilla y fresa y se orientó al mercado de las bebidas o derivados lácteos tipo refresco, saborizados y azucarados. De acuerdo con lo anterior, **DELICAMPO** no sustituye a la leche ni intenta asimilarse a la misma.

Frente a este argumento, el Despacho advierte al impugnante que, contrario a lo que manifestó en su recurso de reposición, la sanción que se le impuso mediante la Resolución No. 35143 de 2017 no obedeció al reproche de los productos con sabores a vainilla y fresa a los que hace mención, sino al producto **DELICAMPO LECHE**, cuyo análisis condujo al Despacho a considerar que inducía al consumidor en el error de considerar que se trataba de leche.

En efecto, el producto analizado correspondió a la bebida láctea con sabor a leche producida por ALIVAL que se presenta a continuación:

Imagen No. 5. Bebida láctea enriquecida con vitaminas con sabor artificial a leche Ultra Alta Temperatura UAT (UHT) DELICAMPO producida por ALIVAL



Fuente: Información aportada por ALIVAL¹⁵

El Despacho analizó los siguientes elementos del producto expuesto:

- En relación con el empaque del producto, su ilustración principal corresponde a un *splash* de un líquido blanco de gran tamaño que se vierte en un vaso transparente que contiene el líquido referido. En la parte superior central se ubica la marca y/o nombre del producto y debajo de este se observa la expresión “Bebida Láctea sabor a Leche”, la cual se destaca por su tamaño y color, y porque los caracteres de la palabra “Leche” son más grandes que los de las demás palabras.
- Por ende, la presentación comercial del producto analizado contiene elementos visuales que, en conjunto, son susceptibles de ser asociados por el consumidor con el producto leche, por cuanto el *splash* de color blanco, es una de las representaciones gráficas en los empaques de las leches sumado a que dentro de la leyenda “Bebida Láctea sabor a Leche”, que se ubica en la parte superior centrada, sobresale por su tamaño la palabra “Leche”.

¹⁵ Cfr. Folio 724 del Cuaderno Público No. 4 del expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Esto fue confirmado por el dictamen pericial practicado en el que se concluyó que del total de los entrevistados el 65% dijo que era leche.

Por las anteriores razones, el Despacho consideró que el producto de **ALIVAL** con sabor a leche analizado comportaba una infracción del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, toda vez que los elementos mencionados, en conjunto, fueron determinantes en la asociación del producto con la leche. En el mismo sentido, nótese que en ningún momento siquiera se mencionaron productos diferentes al analizado, tales como los señalados por el recurrente con sabor a fresa y vainilla, los cuales en efecto, por su naturaleza no tienen la potencialidad de ser confundidos con la leche por los consumidores.

3.5. Análisis del Despacho frente a las campañas realizadas por ALPINA

ALPINA manifestó en su recurso de reposición que no era su responsabilidad si las campañas dirigidas a evitar que los consumidores fueran inducidos a error fueron desatadas por sus clientes, toda vez que precisamente la independencia de ellos le impide lograr dicho resultado.

Este argumento, que ya había sido presentado en la investigación, debe ser rechazado insistiendo en que antes que realizar campañas para evitar que el consumidor confundiera la naturaleza del producto, resultaba más coherente modificar los elementos del empaque que inducían en error a los posibles compradores. En todo caso, el Despacho reitera que las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que las referidas campañas realizadas por **ALPINA** no resultaron efectivas para lograr su finalidad de evitar el engaño en los consumidores, en la medida en que la exhibición del producto no fue coherente con esa intención, tal y como lo demuestra la imagen a continuación en la que puede observarse que en el mismo desarrollo de las campañas, **ALPINA** exhibía el producto en cuestión en las mismas góndolas, estantes o neveras de las leches:



Fuente: información aportada por **ALPINA**¹⁶.

¹⁶ Cfr. Folio 2818 del cuaderno reservado No. 2 del expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Como puede observarse, y tal y como lo advirtió la Delegatura, el producto de **ALPINA** se exhibió en las tiendas y mini mercados de barrio en la misma góndola, estante o nevera de las leches, e incluso se identificó por un comerciante como "leche ALPILAC", lo que deja serias dudas en relación con la efectividad de las campañas informativas y publicitarias adelantadas por la compañía. Por lo anterior, no puede pretenderse que las campañas adelantadas por **ALPINA** fueran consideradas como efectivas o al menos idóneas para educar a sus clientes sobre la real naturaleza del producto.

Por último, en respuesta al argumento sobre el supuesto deber de cuidado que no observaron los consumidores, este Despacho reitera que es obligación del investigado procurar porque sus productos no resulten engañosos para los consumidores, por lo que no puede aceptarse pretender hacer valer como justificación que el consumidor no tuvo el cuidado suficiente para evitar caer en el error inducido por el producto ofrecido.

3.6. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el dictamen pericial obrante en el expediente

Algunos de los investigados manifestaron en sus recursos de reposición su desacuerdo con el dictamen pericial obrante en el expediente, señalando, entre otras razones, que en el desarrollo del mismo se había inducido en error al consumidor, ya que las preguntas sobre el género a primera vista, sin verificación del texto de los empaques, hacían que los encuestados respondieran la primera idea que surgía de su cabeza.

Al respecto, el Despacho considera que el dictamen pericial practicado tiene plena validez, al paso que reitera el análisis expuesto en la Resolución Sancionatoria en relación con que todos los argumentos expuestos para pretender objetar el dictamen pericial no cumplen con los supuestos señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁷, a saber:

i) Cambiar las cualidades propias del objeto examinado: Los empaques aportados al expediente por los investigados fueron los que suministró la Delegatura al perito para el estudio, los cuales fueron utilizados en su versión digital para las encuestas. Por lo tanto, no fue cambiada ni alterada la presentación o cualidades del objeto examinado;

ii) Tomar como objeto de observación una cosa fundamentalmente distinta a la encargada: Las encuestas versaron sobre los elementos de las etiquetas de los productos objeto de investigación. Eso descarta, y así lo reconocieron las empresas investigadas, que se hubieran tomado para observación etiquetas o empaques distintos; y,

iii) Que las tachas por error grave no se refieran a las apreciaciones, inferencias o deducciones del perito: Los reparos de los investigados se ubican en este campo y así lo indican los argumentos por ellos esgrimidos y referidos a: las preguntas inducían a error, el número de encuestados no era representativo de la población colombiana, el margen de error en las encuestas del 9.8% hacía descartable el dictamen, las encuestas se habían tomado en el hogar de los encuestados y otros apreciaciones referidas específicamente a la metodología de la encuesta y su resultado, pero no, a aspectos como el objeto o cualidades de los empaques y etiquetas sometidos a análisis en el dictamen pericial.

Por las anteriores razones, el Despacho rechazará los argumentos relacionados con la validez del mencionado dictamen pericial, toda vez que se encuentra demostrado que, contrario a lo manifestado por los impugnantes, el perito tuvo en cuenta la totalidad de la publicidad del producto al momento de presentarlo a los consumidores. De tal suerte, se reitera que en opinión del Despacho el dictamen pericial no se encuentra errado y o sus resultados viciados. Lo anterior, sin perjuicio de que el mencionado dictamen pericial comporta solamente uno de los elementos de prueba tenidos en cuenta por el Despacho para ratificar el análisis realizado en el acto administrativo sancionatorio, que por sí mismo contenía la evidencia necesaria para sancionar a los ahora impugnantes.

3.7. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el ámbito objetivo de aplicación de la norma de competencia desleal

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Auto 3446 del 8 de septiembre de 1993. M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Algunos de los investigados manifestaron en sus recursos de reposición que no se acreditó el ámbito objetivo de aplicación de la norma de competencia desleal, porque no consta que el nombre de sus productos o la inserción de los elementos gráficos en sus etiquetas pudiera tener alguna finalidad concurrencial.

Este argumento deberá ser rechazado, por cuanto para el Despacho, contrario a lo manifestado por los impugnantes, el ámbito objetivo de aplicación de la norma de competencia desleal se encuentra superado en el presente asunto. En efecto, el artículo 2 de la Ley 256 de 1996 establece que para que se configuren actos de competencia desleal, debe verificarse que tales actos se efectúen en el mercado **con fines concurrenciales**, es decir que por las circunstancias en que se realizan, se revelen objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien los realiza o de un tercero (ámbito objetivo de la aplicación).

Al respecto, es importante resaltar que la finalidad concurrencial a que se alude, existe cuando el acto es idóneo para mantener o incrementar la posición en el mercado de quién lo realiza o de un tercero, pues busca *"la afirmación y posicionamiento en el mercado de la posición propia, o la debilitación o destrucción de la posición de otro competidor"*¹⁸, análisis en el que el criterio preponderante estriba en la aptitud o idoneidad que la conducta objeto de valoración tenga para alcanzar los efectos que con ella se persiguen, vale decir, que la actuación desplegada por quien la realizó sea de tal entidad, que no queden dudas acerca de su intención de robustecer o aumentar el lugar propio o ajeno en el mercado¹⁹.

En el presente caso, el ámbito objetivo está superado, toda vez que la comercialización de *bebidas lácteas, mezclas lácteas, alimentos lácteos, preparaciones alimenticias y bebidas a base de leche*, utilizando nombres o elementos gráficos en sus etiquetas alusivos a la leche, es un acto que tiene una clara finalidad concurrencial, pues es evidente que la identificación y colocación de un producto en el mercado es una conducta objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mismo. No se requieren complicados razonamientos para concluir que los esfuerzos realizados por los investigados para darse a conocer por el consumidor antes mencionados, comportan un acto realizado en el mercado y con una finalidad concurrencial, esto es, *"con el propósito de atraer o captar una clientela actual o potencial"*²⁰.

Por las anteriores razones, no resulta de recibo el argumento presentado por los impugnantes, toda vez que en este caso debe tenerse por verificada la presunción prevista en el inciso final del citado artículo 2 de la Ley 296 de 1996, esto es, que su conducta fue objetivamente idónea para mantener o incrementar su participación en el mercado.

3.8. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la graduación de la multa

Según **ALIVAL**, la última fecha de venta del producto **DELICAMPO** fue el año 2015, por lo que este año es el que debe tenerse en cuenta para la graduación de la sanción y/o multa. Por su parte, en criterio de **EL RECREO**, la última fecha de venta del producto **ECOMILK** fue el año 2013, por lo que, en su opinión, este año es el que debe tenerse en cuenta para la graduación de la sanción y/o multa.

Frente al argumento de **ALIVAL**, resulta relevante para el Despacho remitirse a la explicación del ejercicio realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar las sanciones impuestas a los investigados. En este sentido, se indicó en la Resolución Sancionatoria que una vez analizados los criterios de graduación, así como las circunstancias de agravación aplicables al presente caso para determinar el monto de la sanción, se tendría en cuenta un porcentaje aproximado del 3% de los ingresos obtenidos **por las ventas de los productos involucrados durante el periodo investigado (2011 – 2014)**, monto que en todo caso no excedería el 5% del patrimonio de los investigados. Así, el hecho de que la última venta del producto **DELICAMPO** se haya realizado en el 2015, resulta irrelevante a la hora de fijar la sanción a imponer a **ALIVAL**, pues como ya se indicó la cifra que se tuvo en cuenta para calcular la sanción a todos los investigados

¹⁸ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas. Madrid. 1978. Pág. 349.

¹⁹ Sentencia 005 de 2011 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 9 de 2002, exp. 6869.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

correspondía al total de las ventas de los productos involucrados en el periodo investigado (2011-2014).

Sobre el argumento de **EL RECREO**, este Despacho considera pertinente señalar que en el presente caso, para la dosificación de las sanciones se evaluaron los criterios establecidos en la Ley 1340 de 2009 y se tuvieron en cuenta únicamente aquellos aplicables a la presente conducta. En este sentido, se recuerda que toda vez que la conducta investigada estaba relacionada con la comisión de actos desleales de engaño que fueron susceptibles de inducir a error al consumidor respecto de la naturaleza y características de los productos investigados, los criterios relacionados con el efecto de la conducta, es decir el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado* y el *beneficio obtenido por los infractores* no son aplicables para realizar el ejercicio de dosificación de la sanción.

Así, una vez analizados los demás criterios señalados en la citada ley, las circunstancias de agravación y la recomendación realizada por la Delegatura frente a la imposición de una sanción pedagógica, este Despacho determinó que para efectos de fijar el monto de la sanción de cada investigado, se tendría en cuenta un porcentaje aproximado del 3% de los ingresos obtenidos **por las ventas de los productos investigados en el periodo comprendido entre 2011 y 2014**, monto que en todo caso no excedería el 5% del patrimonio. Por lo anterior, para la determinación de la sanción a **EL RECREO** se incluyeron las ventas del producto **ECOMILK** durante los mencionados años y no únicamente las ventas del producto durante el último año en el que, según la investigada, fue vendido.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación de **EL RECREO**, según la cual la última fecha de venta de **ECOMILK** fue en el 2013, este Despacho, al verificar la información obrante en el expediente, encontró que, contrario a lo afirmado por el investigado, **EL RECREO** sí realizó ventas de **ECOMILK** durante el 2014, razón por la que, de acuerdo con la metodología explicada, dichas ventas debían incluirse en el cálculo de las ventas totales del investigado en el periodo señalado para determinar el monto de la sanción.

Sin perjuicio de lo anterior, este Despacho al revisar las cifras tenidas en cuenta para tasar la sanción a **EL RECREO**, advirtió que el total de las ventas de **ECOMILK** entre 2011 y 2014 fueron menores a las calculadas inicialmente, por lo cual resulta procedente liquidar nuevamente la sanción impuesta y modificar los señalados en la Resolución Sancionatoria.

En efecto, la sanción a imponer a **EL RECREO** pasaría de **QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$575.419.260.00)** a **DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES VEINTE MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$239.020.308.00)** equivalentes a **TRESCIENTOS VEINTICUATRO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (324 SMMLV)**. Esta sanción equivale al 3% aprox. de las ventas del producto **ECOMILK** en el periodo investigado (2011-2014), al 2,08% aprox. de su patrimonio del año 2014, y equivale al 0,32% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1.4 del **ARTÍCULO PRIMERO** de la parte resolutive de la Resolución No. 35143 de 2017, por las razones expuestas en la parte considerativa de este acto administrativo, el cual quedará así:

"1.4. A PRODUCTOS LÁCTEOS EL RECREO S.A. identificada con NIT 860.401.826-8, multa de DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES VEINTE MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$239.020.308,00) equivalentes a 324 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES."

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR en sus partes restantes la Resolución No. 35143 de 2017.

ARTÍCULO TERCERO: RECONOCER personería jurídica a **JAVIER ALEXANDER DANIELLO ANTOLINEZ**, identificado con la C.C. No. 79.793.425 y la T.P. No. 228.017 del C.S. de la J., para

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

actuar en el presente trámite en nombre y representación de **ALIMENTOS DE MADRID S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** y **CEUCO DE COLOMBIA LTDA.**, en los términos establecidos en el poder anexo al recurso de reposición.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, **ALIMENTOS DE MADRID S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, **CEUCO DE COLOMBIA LTDA.**, **PRODUCTOS LÁCTEOS EL RECREO S.A.** y **ALIMENTOS DEL VALLE S.A. ALIVAL S.A.**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO QUINTO: COMUNICAR el contenido de la presente resolución a las demás personas naturales y jurídicas vinculadas a esta actuación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **03 OCT 2017**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

NOTIFICAR

ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.
NIT 860.025.900-2
Apoderada
Doctora
SANDRA MILENA MÉNDEZ PAREDES
C.C. 52.425.191
Calle 93B No. 12-48 Piso 4
Bogotá D.C. - Colombia

ALIMENTOS DE MADRID S.A.S. EN LIQUIDACIÓN
NIT 900.218.742-9
CEUCO DE COLOMBIA LTDA.
NIT 860.059.539-2
Apoderado
Doctor
JAVIER ALEXANDER DANIELLO ANTOLINEZ
C.C. No. 79.793.425
Calle 24 No. 73 F - 25
Bogotá D.C.
javdanello@yahoo.es

PRODUCTOS LÁCTEOS EL RECREO S.A.
NIT 860.401.826-8
ALIMENTOS DEL VALLE S.A. ALIVAL S.A.
NIT 890.110.964-6
Apoderada
Doctora
LAURA CONSTANZA ROJAS VEGA
C.C. 80.422.310
Calle 120 A No. 7 - 36 Oficina 1102
Bogotá D.C. - Colombia

COMUNICAR:

ALIMENTOS EL JARDÍN S.A.
NIT 860.071.595-4
Apoderada
Doctora
LAURA CONSTANZA ROJAS VEGA
C.C. 80.422.310

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Calle 120 A No. 7 – 36 Oficina 1102
Bogotá D.C. - Colombia

DISTRILACTEOS DEL VALLE S.A.

NIT 805.028.120-8
ORLANDO PATARROYO CORDOBA C.C 18.123.352
Representante Legal
Carrera 11B No. 31-05
Cali – Valle del Cauca - Colombia
dislacteosdelvalle@yahoo.com

NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.

NIT 860.002.130-9

Apoderado

Doctor

GUILLERMO SOSSA GONZÁLEZ

C.C. 80.420.247
Carrera 8 No. 69-48
Bogotá D.C. - Colombia

PARMALT COLOMBIA LTDA.

NIT 800.245.795-0

Apoderado

Doctor

EDGAR GERARDO GARCÍA ESCOBAR

C.C. 19.474.167
Carrera 7 No. 52-75 Oficina 201
Bogotá D.C. - Colombia

PRODUCTOS LÁCTEOS COLFRANCE C P S. EN C. EN REORGANIZACIÓN.

NIT 800.255.713-1

Representante Legal

LUIS ORLANDO CARRILLO GARZÓN

C.C. 19.176.069
Capellanía Km 2 vía Chiquinquirá
Fuquene – Cundinamarca - Colombia
productos_colfrance@hotmail.com

SERGIO GUILLERMO FORERO CORREA

C.C. 17.156.044

Apoderada

Doctora

RUTH MARCELA CORREA FORERO

C.C. 39.809.825
ruthmarcelacorrea@yahoo.es

ALMACENES LA 14 S.A.

NIT 890.300.346-1

Apoderado

Doctor

JAIRO RUBIO ESCOBAR

C.C. 79.108.890
Calle 94A No. 13-34 Oficina 102
Bogotá D.C. – Colombia
jrubio@rubioescobar.com

ALMACENES YEP S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL

NIT 891.100.024-9

Apoderado

Doctor

OTTO LUIS OLAYA SEGURA

C.C. 17.635.298
Carrera 17 No. 134A -16 Casa 4
Bogotá D.C. – Colombia
ottolaya@hotmail.com

CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO

NIT 860.007.336-1

Apoderada

Doctora

BIBIAN OBANDO OSPINA

C.C. 52.418.480
Calle 26 No. 25-50
Bogotá D.C. – Colombia
obando.ospina.vivian@gmail.com