



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Radicación No. 0049347

RESOLUCIÓN NÚMERO 25459 DE 2002
(12 AGO. 2002)

“Por la cual se resuelve una investigación por competencia desleal”

LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO. Como resultado de una averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el número 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992 mediante resolución 12304 del 4 de abril de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, debidamente facultada para ello, abrió una investigación por competencia desleal contra las sociedades Central Impulsora S.A. de C.V. y Bimbo de Colombia S.A. por la presunta comisión de actos de explotación de la reputación ajena.

SEGUNDO. En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones se notificó la apertura de la investigación y se corrió traslado al investigado para que aportara y solicitara pruebas. La parte denunciante y la parte denunciada solicitaron la práctica de pruebas, siendo decretadas por la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia mediante acto administrativo del 16 de agosto de 2001; una vez culminada la etapa probatoria, elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO. Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 mediante oficio enviado el 30 de abril de 2002 fue trasladado el informe motivado de la investigación para que las partes manifestaran sus opiniones, que fueron las siguientes:

1 La parte denunciada

“La conclusión en el informe motivado que rinde la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia es la siguiente: “(..), se recomienda declarar la prescripción de la presente acción de competencia desleal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la ley 256 de 1996”.

“La Superintendente de Industria y Comercio debe seguir la recomendación de la Delegada para la Promoción de la Competencia porque en el presente caso se cumplen los presupuestos para que sea decretada la Prescripción de conformidad con el artículo en mención en especial con la que atañe al conocimiento del demandado en la que se regula ésta así: “las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal (..)”

“Teniendo en cuenta que la denuncia fue presentada ante esa entidad por parte del apoderado de la sociedad Bimbo Ltda., el día 30 de junio de 2000 los dos años que menciona la norma se retrotraen al 30 de junio de 1998 de modo que las circunstancias de hecho que denoten el conocimiento por parte de la sociedad denunciante deben haber tenido conocimiento al menos desde esta fecha.

"Las pruebas que fundamentan el informe de la Delegatura fueron las documentales decretadas dentro del presente trámite las cuales corresponden a su vez a las aportadas y solicitadas en la contestación de la demanda como fueron las facturas por ventas desde 1997 certificación de la publicidad mercadeo y ventas de Bimbo de Colombia S.A. en Cartagena desde 1997 hasta la fecha de contestación de la demanda entre otras todas las cuales son anteriores al 30 de junio de 1998 configurándose así la prescripción.

"Se establecieron como hechos indicadores primero las ventas efectuadas a partir de 1997 y segundo la publicidad y comercialización desplegada en la Costa Atlántica desde el mismo año para llegar así hecho indicado por éstas como son para el primer indicio que: *"En Colombia, y específicamente en el Departamento de Bolívar se conocieron los productos de Bimbo de Colombia S.A. desde el primer semestre de 1997"* y para el segundo indicio que: *"durante el primer semestre de 1997, la sociedad Bimbo Ltda. tuvo conocimiento de la introducción de los productos BIMBO de las denunciadas, en el mercado Colombiano"*.

"Respecto a la forma como se estableció para el primer indicio la valoración consideramos que hay incongruencia entre la inferencia lógica y la valoración pues disintimos del fundamento de la Superintendente Delegada al encontrar como contingente el indicio siendo que se trata de un indicio grave respecto del cual no hay ruptura o quebrantamiento alguno entre el hecho indicado e indicador.

"Como fundamento de lo anterior está justamente lo señalado en el informe motivado cuando se afirma que la Inferencia lógica es que *"la sociedad Bimbo de Colombia S.A. si comercializó en Colombia, y específicamente en el Departamento de Bolívar sus productos, durante el primer semestre de 1997"*, y en el hecho indicado que: *"En Colombia, y específicamente en el Departamento de Bolívar, se conocieron los productos de Bimbo de Colombia S.A. desde el primer, semestre de 1997"*. Por tal razón no es acertada la conclusión a la que se llega en la valoración del indicio de la venta de productos cuando afirma que: *"este indicio es contingente, pues aunque esté demostrado que los productos, se vendieron en el Departamento de Bolívar y que es muy poco probable que no se hayan vendido en Cartagena, su capital, de acuerdo con la observación del mercado, es posible que la estrategia del mercado haya sido diversa"*.

"Tal consideración no deja de ser sino una simple especulación que riñe con los documentos que se presentaron en los cuales no solamente se discriminaron los Departamentos de la Costa Atlántica sino las ciudades capitales con lo que se desvirtúa la supuesta diversa estrategia de mercado para la ciudad de Cartagena.

"No obstante la anterior precisión los fundamentos y el manejo del mecanismo indiciario que hace la Delegatura es preciso con lo cual solicito respetuosamente a el despacho que declare la prescripción de la acción por cumplirse los requisitos del artículo 23 de la Ley 256 de 1996".

2. Parte denunciante

"Con un atento saludo, por el presente escrito me permito descorrer el traslado del informe que dentro del asunto de la referencia fuera elaborado por la doctora Adriana Guzmán, en calidad de "Superintendente Delegada Para la Promoción de la Competencia", Con el sentido de oponerme a la conclusión contenida en el mismo, que a la letra dice: **"1. Conclusiones.** Con base en el acervo probatorio, este despacho considera que debe declararse la prescripción de la acción de competencia desleal, por cumplirse los presupuestos del artículo 23 de la ley 256 de 1996"; por las siguientes razones:

"1º. En el expediente no se ha probado que mi cliente, esto es la Sociedad BIMBO Ltda., conociera (condición subjetiva propia de las personas naturales) desde el primer semestre del año 1997 de los actos de competencia desleal que se señalan en el escrito de queja en el **mercado de la Ciudad de Cartagena** (Territorio al cual se ha referido toda la actividad procesal y el mismo escrito de queja.).

"2º. No se ha probado que mi poderdante hiciera uso del servicio público, que no necesaria, de televisión, ni siquiera su interés en relación con determinado tipo de programas como en efecto lo son los de carácter científico; tampoco se encuentra probada la coincidencia de horarios entre quien sospecha el informe tiene la mencionada condición subjetiva y el momento en que fueron transmitidas las propagandas del producto BIMBO perteneciente a las investigadas.

"3º. No se encuentra probado siquiera que BIMBO Ltda. fuera propietaria de un aparato de televisión, necesario para acceder al servicio público de marras, que no necesario o esencial, se insiste.

"4º. Se encuentra probado es que entre la presentación del escrito de queja y los actos señalados como constitutivos de competencia desleal no había transcurrido el término de tres años al que hace referencia el artículo 23 de la LEY 256 de 1996, circunstancia del orden objetivo que da certeza jurídica en relación con el fenómeno de la prescripción.

"5º. Tampoco esta probado la supuesta "fama" de programas que se mencionan en el escrito objeto de la presente oposición. Ello es una mera apreciación subjetiva de quien así lo afirma.

"6º. No se tiene probado dentro del expediente cual es el nivel de audiencia de los correspondientes programas, los cuales en ningún caso son del 100% de la población cartagenera. Se trata de asimilar la ocurrencia de cierta publicidad en relación con la explotación comercial por medio publicitario de una marca con la existencia de un hecho notorio en determinado mercado, lo cual es jurídica y fácticamente imposible en el caso de propaganda introductoria de una marca y productos a un mercado.

"7º. En el expediente no se encuentra probada conducta alguna realizada por parte de mi poderdante, o su representante legal, que permita inferir la existencia de condición subjetiva (**conocer**) requerida por la norma en relación con aquél a quien se le pretende endilgar la adquisición de un conocimiento para un determinado momento (2 años de anterioridad a la presentación del escrito de queja).

"¿Cómo es que el hecho de un tercero, realizar alguna publicidad y ciertas ventas en zonas macro del país, permite inferir a esa superintendencia la existencia en mi cliente de una determinada condición subjetiva, a más de la fecha de ocurrencia de la misma? Pero lo que es más aterrador, que dicha circunstancia sea calificada como de "**indicio grave**". Solo las conductas que realice una determinada persona permiten inferir una condición subjetiva en relación con esa misma persona y la época de su ocurrencia.

"8º. Por el hecho de que en determinados programas de televisión se haya pasado publicidad en el ámbito nacional relativa a los productos bimbo de las denunciadas no se puede deducir o inferir, tan siquiera, con mediana certeza, que mi poderdante hubiere tenido conocimiento de la entrada al mercado cartagenero de los productos allí publicitados, ni del mercado nacional, como se afirma en el informe de marras. Tampoco de la existencia de la misma publicidad. Ello es un hecho meramente contingente, que por lo mismo no puede ser calificado de indicio grave.

"9º. En relación con lo que en el informe se denomina como "indicio numero 1", se señala como inferencia lógica de la existencia de un determinado volumen de ventas de productos bimbo en la zona del Atlántico, incluidos algunos departamentos: ".. en el mercado de Cartagena y en el primer semestre del año 1997 tuvieron ocurrencia ventas..", Para, acto seguido, inferir de este primer supuesto uno segundo: que el mismo fue del conocimiento de mi poderdante, y que ello ocurrió durante el primer semestre del año 1997.

"Lo anterior nos lleva al absurdo de calificar de indicio, a más de grave, el hecho que se infiere de otro igualmente inferido.

"10°. Merece especial mención la apreciación de la delegada por la cual se presenta como relevante el hecho de: " que habiendo sido trasladados y puestos en conocimiento de la sociedad denunciante los argumentos de la parte denunciada, aquella guardó silencio en cuanto a la proposición de la prescripción y de los documentos que la soportan, así que no se observa en lo actuado la existencia de un conindicio o prueba alguna que infirme o invalide los indicios relacionados." . sos(sic) Bien, resulta curioso como esa entidad trata de dar a esa proposición de prescripción, el trato procesal de una excepción previa frente a la cual una vez es corrido su traslado tiene la oportunidad para referirse a la misma, cuando en realidad, como se afirma en el mismo informe, dentro del procedimiento que nos atañe no se contempla tal deber, ni se considera el silencio sobre tal proposición mismo como un indicio jurídico (que no social) en contra de la parte que así consideró actuar.

"Por otra parte, y en el mismo sentido, debe entender ese despacho que como conocedor que soy del procedimiento que sigue la presente investigación, resultaba para mi evidente que la muy imaginativa proposición de prescripción, no podía dejar de ser motivo de evaluación y consideración dentro del informe que nos ocupa. Informe, respecto del cual, como en efecto lo estoy haciendo, tendría la oportunidad de expresar mis opiniones sobre su contenido. Por último, y para seguir con el tema de los conindicios en relación con el momento del conocimiento y la época en que tubo(sic) lugar el mismo respecto de mi poderdante, he de afirmar que sí existe un hecho plenamente probado que puede ser tomado como indicio=conindicio, ese sí de manera indiscutible, y del cual se puede inferir otro, este es la existencia y fecha de presentación del documento por el cual se dio impulso a la presente investigación.

"11°. El hecho de que las investigadas hayan realizado cierto tipo de publicidad **en algunos** espacios y cadenas de televisión, en programas considerados de manera muy personal por un agente publicitario como "famosos", sin que se haya aportado prueba alguna en relación con tal consideración para la teleaudiencia cartagenera de canales nacionales públicos, y que se hayan realizado algunas ventas en dicho departamento, sin que haya prueba alguna del volumen de las mismas y de estas en la ciudad de Cartagena, no se puede inferir de manera lógica y con alguna certidumbre por parte del fallador que por este medio adquirió mi poderdante un determinado conocimiento y, menos aún, el momento de su ocurrencia pues dichas actividades, ventas y publicidad, no tuvieron lugar solamente durante el primer semestre del año 1997 sino que se prolongaron a otros periodos como el segundo semestre del mismo año, momento en el cual mi poderdante adquirió el conocimiento que nos ocupa.

"La mera sospecha que puedan compartir las investigadas y la superintendencia delegada sobre el momento de la ocurrencia de una condición subjetiva; en circunstancias contingentes tales como: tener un aparato de televisión, tenerlo encendido, ser televidente de unos determinados programas, no suspender la atención en los mismos al momento de los espacios publicitarios, o simplemente cambiar de canal mientras ello sucede, en una determinada franja, en una determinada ciudad y donde también se ofrecen servicios privados de televisión, no pueden consistir indicios para decretar la extinción del derecho fundamental de mi cliente de reclamar y acceder a la justicia en busca de un fallo de fondo y en derecho en relación con los hechos de competencia desleal efectuados por las investigadas para con mi representada.

"Los anteriores argumentos dejan sin piso la estructura lógica en relación con lo que la ley permite tener como hechos constitutivos de indicios jurídicos, que no comunes u ordinarios de común ocurrencia en los encuentros sociales. Queda, de igual modo, desvirtuada toda concordancia y convergencia entre los mismos, así como la calificación de grave que de ellos se hace. En consecuencia solicito a esa superintendencia no acoger la recomendación realizada desde el punto de vista de la prescripción de la acción, dar traslado a quien se suscribe del informe que a bien tenga a dar la superintendencia delegada en relación con el fondo del asunto, el cual no fue motivo del presente traslado, para una vez dadas mis opiniones y las de la parte investigada, proceda su despacho a fallar de fondo".

CUARTO. Habiéndose evacuado adecuadamente todas las etapas del proceso, este Despacho procede a decidir el caso:

1. Aspectos procesales

1.1 Competencia territorial

En virtud de lo dispuesto en los artículos 143, 144 y 147 de la ley 446 de 1998, en concordancia con el numeral 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio será competente para conocer de los actos de competencia desleal en todo el territorio nacional. De lo acreditado en el expediente, tanto la sociedad investigada como las denunciadas desarrollan actividad comercial en el territorio nacional.

1.2 Competencia funcional

De acuerdo con lo establecido en el artículo 143 de la ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal las mismas atribuciones señaladas en la ley en relación con las prácticas comerciales restrictivas, a prevención. Esas atribuciones están consagradas en la ley 155 de 1959 y en el decreto 2153 de 1992. Las conductas constitutivas de competencia desleal están descritas en la ley 256 de 1996.

En las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia observa el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas contenido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

1.3 Tiempo de los hechos investigados

Conforme con el material probatorio recaudado, los hechos empezaron a tener ocurrencia desde el mes de diciembre 1996, fecha en la cual la sociedad denunciada Bimbo de Colombia S.A. inició operaciones comerciales en Colombia¹.

2 Seguimiento del proceso

2.1 Averiguación preliminar

2.1.1. Inicio de la averiguación

En comunicación radicada en esta Entidad bajo el número del 21 de septiembre de 1999, el apoderado de la sociedad Bimbo Limitada denunció a las sociedades Bimbo de Colombia S.A. y Central Impulsora S.A. de C.V., por la presunta comisión de actos de competencia desleal. (Anexo 1)

2.1.2 Norma presuntamente violada

Explotación de la reputación ajena. Señala el artículo 15 de la ley 256 de 1996 que se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado, y que, sin perjuicio de lo dispuesto en el código penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y similares.

2.2 Investigación

2.2.1 Resolución de apertura de investigación

¹Folios 241 a 245.

Mediante resolución 12304 del 4 de abril de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia decidió abrir investigación contra las sociedades Bimbo de Colombia S.A. y Central Impulsora S.A. de C.V. para determinar si por la conducta consagrada en el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, de conformidad con la parte considerativa del citado documento. (Anexo 2)

Notificada la resolución de apertura, a las denunciadas se les concedió la oportunidad para aportar y solicitar las pruebas que se quisieran hacer valer como defensa, tal como lo dispone el procedimiento. (Anexo 3)

A través del oficio radicado bajo el número 00049347-10/11 del 16 de agosto de 2001 se decretaron las pruebas que fueron consideradas conducentes y pertinentes, así como las que estimó necesario decretar de oficio. (Anexo 4)

2.2.2 Pruebas decretadas

2.2.2.1 Documentales

- Documentos aportados con el escrito de denuncia radicado bajo el número 00049347 del 30 de junio de 2000.
- Documentos aportados al expediente mediante escrito radicado bajo el número 00049347-5 del 19 de octubre de 2000, 00049347-20003 del 3 de abril de 2001 y 00049347-40000 del 5 de julio de 2001.
- Sentencia de noviembre 8 de 2001, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del expediente No. 5766, por medio de la cual se falló la acción de nulidad incoada por Central Impulsora S.A. de C.V. contra la resolución 5489 del 21 de marzo de 1995 que concedió el registro de la marca BIMBO (mixta), a favor de Bimbo Ltda., proferida por la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Copias de las resoluciones emitidas por la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del trámite de los expedientes 95 018238 y 93 418697.

2.2.2.2 Testimoniales

Se recibieron los siguientes testimonios:

- Nora Esther Irizarri Fuentes, antigua trabajadora de Bimbo Limitada.
- Medardo Enrique de La Espriella, antiguo propietario de la Panadería Bimbo.
- Dora Leonor Blanco Escalferro, antigua trabajadora de Bimbo Limitada.

3. Caso concreto

Debido a que antes de abordar el tema de la adecuación normativa de la conducta denunciada se hace necesario examinar si es operante o no la prescripción de la acción de la competencia desleal, alegada por el apoderado de las sociedades denunciadas, este Despacho procederá a analizar los argumentos que sustentan la prescripción y en la medida en que no se acojan, se valorarán los presuntos actos desleales frente a los presupuestos normativos de la ley 256 de 1996.

3.1 Prescripción de la acción de competencia desleal

Artículo 23 de la ley 256 de 1996: "Las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de

competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto."

Teniendo en cuenta que el apoderado de las sociedades investigadas, al momento de dar respuesta a la denuncia advirtió sobre la ocurrencia de la prescripción de la acción de competencia desleal, el Despacho procede a analizar las pruebas que sustentan tal conclusión.

La prescripción como institución jurídica cumple dos funciones claramente determinadas: una, como modo de adquirir el dominio y otra, como medio de extinguir las acciones o derechos ajenos. En el segundo caso, no cabe duda que esta figura es una forma de extinguir el derecho de acción que emana de determinado derecho sustancial.

Tratándose de las acciones de competencia desleal, el artículo 23 de la ley 256 de 1996, estableció dos clases de prescripción extintiva: de 2 años, contados a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó la conducta desleal y de 3 años, en todo caso, contados a partir de la realización del acto.

Es evidente que la expresión "en todo caso" fue establecida por el legislador para dar certeza jurídica a las relaciones entre particulares y evitar que el fenómeno prescriptivo dependiera de algo tan subjetivo como lo es, el conocimiento que una persona haya tenido del hecho que le pueda resultar gravoso, por lo tanto, sin importar si el afectado con el acto desleal conoció o no el hecho, la prescripción opera en su contra luego de 3 años de realizada la conducta.

Ahora, teniendo en cuenta que en el decreto 2153 de 1992 no se establece el momento procesal preciso para la presentación de un argumento de defensa como la prescripción, es necesario acudir al código contencioso administrativo, que tampoco ofrece respuesta en este caso. De ahí que, en virtud de la remisión prevista en el artículo 267 del código contencioso administrativo², frente a lo no regulado en el mismo, deba recurrirse al código de procedimiento civil, en cuyo artículo 306, primer inciso, se establece: *"Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda"*.

En el presente caso, el apoderado del denunciado, mediante escrito radicado bajo el número 00049347-5 del 19 de octubre de 2000, solicitó a este Despacho declarar la prescripción de la acción de competencia desleal, sustentando su criterio en los siguientes términos:

"IV. EXCEPCIONES DE MERITO - 4.4 La comercialización de productos en la ciudad de Cartagena, inició en agosto de 1997, es decir, que desde esa fecha hasta el día en que fue presentada la presente demanda han transcurrido más de dos años.

"Es claro, entonces que se configura la prescripción de la acción de competencia desleal."³

Las pruebas documentales que soportan el hecho del conocimiento que hace más de 2 años tenía la sociedad denunciante sobre la actividad de las denunciadas que, presuntamente, conculcaban normas de competencia, son las siguientes:

- Facturas libradas por la sociedad Leo Burnett Colombiana S.A. por gastos de publicidad, mercadeo y promoción desde enero de 1997, realizados por medio de transmisión de comerciales por televisión nacional, difusión de comerciales en la prensa nacional (periódico El Tiempo), colocación de anuncios en vallas e impresión de varios elementos con la marca BIMBO (camisetas, volantes, vehículos, etc.),

² CONSEJO DE ESTADO, fallo del 2 de diciembre de 1999. Expediente 5692 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

³ Folio 575.

promociones, ofertas de productos y artículos de regalo. Por el medio televisivo, se transmitieron los comerciales de Bimbo, en espacios de programas como El Show de Las Estrellas, Dejémonos de Vainas, Padres e Hijos, Todo Por La Plata, Quiere Cacao, de Pies a Cabeza, Clase de Beverly Hills, Espectaculares Jes, Historias Asombrosas, Cine de Estreno, Noticiero del Espectáculo, Ordóñese de la Risa, etc.⁴

- Certificaciones del revisor fiscal y del contralor de Bimbo de Colombia S.A., en la que se detallan los gastos en que incurrió la sociedad por concepto de publicidad, que para el año de 1997 fue de \$970.241.968; para el de 1998 fue de \$1.953.405.143; y para 1999 ascendió a \$2.045.675.449⁵

- Certificaciones del contralor de Bimbo de Colombia S.A., en la que manifiesta que dicha sociedad, desde el 1 de enero al 31 de julio de 1997, incurrió en gastos de publicidad, mercadeo y promoción, por valor de \$1.194.418.261⁶

- Informe realizado por la empresa de consultoría A.C. Nielsen, para Bimbo de Colombia S.A., en la que consta que el total de ventas de productos BIMBO en Colombia, para el período diciembre-julio de 1997 fue de \$87.488'700.000, y las ventas totales durante 1998 sumaron \$48.066.910.911.⁷

- Informe realizado por la empresa de consultoría A.C. Nielsen, para Bimbo de Colombia S.A., en la que consta que en la zona del Atlántico, conformada por los Departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Guajira, Magdalena y Sucre, durante el período agosto de 1997 a septiembre de 2000, se vendieron productos BIMBO.⁸

Al observar el acervo probatorio pertinente para analizar la prescripción de la acción de competencia desleal, puede concluirse que conforman hechos indicadores, por lo que se procederá a valorarlo como prueba indiciaria que, según la han definido la doctrina y la jurisprudencia *"es la prueba indirecta por excelencia, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida"*⁹.

De la definición, se han extraído los elementos integrantes del indicio:

a) Un hecho conocido o indicador: hecho bajo la apreciación del juzgador que debe encontrarse debidamente probado por cualquiera de los medios probatorios legales.

b) Una inferencia lógica o deducción, basada en las reglas de experiencia o en el conocimiento de determinadas cuestiones técnicas o científicas, del hecho conocido para inferir la existencia o inexistencia de otro, que es su consecuencia natural.

c) Un hecho desconocido o indicado, que surge como consecuencia del hecho conocido o indicador.

Frente a los elementos del indicio, procede la adecuación de los hechos del caso concreto a los mismos:

Indicio 1

a) Hecho indicador: desde diciembre de 1996 y durante el primer semestre de 1997, la empresa Bimbo de Colombia S.A. realizó campañas publicitarias y reportó ventas en el territorio colombiano, en el que se

⁴ Folios 213 a 278.

⁵ Folio 158 y 383.

⁶ Folio 278.

⁷ Folios 211, 212 y 383.

⁸ Folios 151 a 156.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, casación civil, sentencia del 12 de marzo de 1992.

incluye la zona del Atlántico, conformada por los Departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Guajira, Magdalena y Sucre, por valor de \$87.488'700.000.

b) Inferencia lógica: la sociedad Bimbo de Colombia S.A. sí comercializó en Colombia, y específicamente en el Departamento de Bolívar sus productos, durante el primer semestre de 1997.

c) Hecho indicado: En Colombia, y específicamente en el Departamento de Bolívar, se conocieron y consumieron los productos de Bimbo de Colombia S.A. desde el primer semestre de 1997.

Valoración: considera este Despacho que este indicio, frente al hecho a probar que es el conocimiento que Bimbo Limitada tenía de la introducción en el mercado de los productos BIMBO de la sociedad Bimbo de Colombia S.A., es grave, pese a que no se presentó prueba directa de la comercialización en Cartagena, sino una certificación de valores de ventas nacionales discriminada por departamentos pero sin desagregar municipios. La gravedad del indicio radica en que la posibilidad de que se intente introducir un producto al mercado de un departamento sin contar con su ciudad más importante, está muy alejada de la realidad comercial, al igual que cuando se considera como escenario comercial un país es muy poco probable que no se cuente con su capital, considerando la densidad de la población que aglutina, por lo tanto, de potencial clientela. Es así como, pese a que no está demostrado que los productos BIMBO de las denunciadas se vendieron en Cartagena, el hecho de que se hayan probado ventas en el Departamento de Bolívar hace que sea muy poco probable que no se hayan vendido en Cartagena, su capital.

Sobre la valoración de este indicio, el apoderado denunciante manifiesta que se incurrió por parte del Despacho en el absurdo de calificar como indicio grave un hecho que se infiere de otro igualmente inferido.

Yerra en su apreciación el doctor Calderón Rivera, primero, porque el indicio 1 no fue valorado como grave sino contingente, debido a que las pruebas no fueron específicas en cuanto al mercado de Cartagena. En segundo lugar porque, tal como lo muestra la estructura lógica del indicio, el hecho indicado no surgió como producto de otro hecho inferido, sino de un hecho probado, como el desarrollo doctrinal del tema ha determinado que sea todo hecho indicador¹⁰, y consistente en el presente caso en prueba documental de las grandes sumas de dinero que destinaron las denunciadas para introducir sus productos al mercado colombiano, del que obviamente hace parte el mercado local de Cartagena. Por lo tanto, mal puede decirse que el hecho indicado en el indicio 1 resultó de un hecho inferido.

Indicio 2

a) Hecho indicador: la sociedad Bimbo de Colombia S.A. invirtió una importante suma de dinero durante el primer semestre de 1997, para la publicidad de los productos BIMBO. Entre los medios utilizados para difundir su conocimiento está la televisión nacional, mediante comerciales transmitidos en el espacio de programas de alta teleaudiencia.

b) Inferencia lógica: la televisión es un servicio público de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él¹¹. Tratándose de la televisión nacional, la difusión se realizaba en todo el territorio colombiano, del que forma parte importante la ciudad de Cartagena de

¹⁰ AZULA CAMACHO, Jaime "Manual de Derecho Probatorio" Editorial Temis 1998, página 292: "El Código de Procedimiento Penal en su artículo 300, aunque lo califica como elementos, realmente lo define y en forma simple, al decir que 'todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro'. En el campo civil, la norma, acorde con el criterio imperante, no define el indicio, labor que deja a la doctrina y jurisprudencia, la cual, en una de las tantas definiciones que trae, afirma que 'la indiciaria es la prueba indirecta por excelencia, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida' (Corte Suprema de Justicia, cas. Civil, sent., 12 marzo 1992).

¹¹ DE GREIFF, Mónica - RAMOS, Clara Stella "Régimen Jurídico de radio y Televisión en Colombia" Editorial Legis, página 122

Indias; y habiéndose hecho tal difusión en programas tan famosos en 1997 (y algunos que continúan siéndolo) como El Show de Las Estrellas, Dejémonos de Vainas, Padres e Hijos, Todo Por La Plata, Quiere Cacao, de Pies a Cabeza, Clase de Beverly Hills, Espectaculares Jes, Historias Asombrosas, Cine de Estreno, Noticiero del Espectáculo, Ordóñese de la Risa y Sábados Felices, entre otros, son mínimas las posibilidades de que personas relacionadas con Bimbo Limitada no hayan tenido conocimiento de la introducción en el mercado de los productos BIMBO.

c) Hecho indicado: durante el primer semestre de 1997, la sociedad Bimbo Limitada tuvo conocimiento de la introducción de los productos BIMBO de las denunciadas, en el mercado colombiano.

Valoración: considera el Despacho que este indicio, frente al hecho a probar que es el conocimiento que Bimbo Limitada tenía de la introducción en el mercado de los productos BIMBO de la sociedad Bimbo de Colombia S.A., es grave, pues puede decirse que los colombianos, en general, no se sustraen al empleo de la televisión como instrumento de recreación, educación o simple información. En los documentos arimados a la investigación consta que los programas en los que se transmitieron los comerciales de los productos BIMBO de Bimbo de Colombia S.A. corresponden a aquellos que para el tiempo de los hechos tenían gran teleaudiencia. Por lo tanto, el pueblo cartagenero, en general, al tener contacto con estos programas, necesariamente lo tuvo con la publicidad de los productos de Bimbo de Colombia S.A.

Tenemos, entonces, que los indicios además de graves, son concordantes, ya que los niveles de ventas, la amplitud de difusión del conocimiento de los productos de Bimbo de Colombia S.A. y la relación del mercado cartagenero como parte del gran mercado colombiano cubierto por las sociedades denunciadas, se entrelazan y se confirman recíprocamente. Son convergentes, pues todas las inferencias indiciarias, que relacionan a los productos de Bimbo de Colombia S.A. con el mercado cartagenero, conducen a una sola conclusión: la sociedad Bimbo Limitada tuvo conocimiento de la introducción al mercado colombiano de los productos de Bimbo de Colombia S.A., durante el primer semestre del año 1997.

El apoderado de la parte denunciante afirma que la publicidad no implica el conocimiento de Bimbo Ltda. acerca de la entrada al mercado cartagenero de los productos BIMBO de las sociedades Central Impulsora S.A. de C.V. y Bimbo de Colombia S.A., y que circunstancias contingentes tales como el que sus poderdantes tengan un aparato de televisión, que lo hayan tenido encendido y sintonizado en los programas y en los momentos en los cuales se transmitieron los mensajes publicitarios de los productos BIMBO de las sociedades denunciadas, no pueden constituir indicios para decretar la prescripción de la acción.

En criterio del Despacho, la contingencia de las circunstancias a las que se refiere el doctor Calderón Rivera se diluye por ser la televisión un medio masivo de comunicación, cuya importancia se expresa de manera contundente en el siguiente texto jurisprudencial:

"No parece necesario demostrar el estado de indefensión en que se encuentra la persona frente a los medios de comunicación. Es suficiente recordar que ellos –analizada la situación desde el punto de vista de su potencialidad-, aparte de la mayor o menor cobertura que puedan exhibir, ora en el ámbito nacional, ya en el local, tienen el formidable poder del impacto noticioso; cuentan con la capacidad de la presentación unilateral de cualquier acontecimiento; gozan de la ventaja que representa la posibilidad de repetición y ampliación de las informaciones sin límite alguno; manejan potentes instrumentos que pueden orientar y condicionar las reacciones psicológicas del público; resultaría opacar datos e informaciones y, por si fuera poco, aún en el momento de cumplir con su obligación de rectificar cuando hay lugar a ello, disponen del excepcional atributo de conducir la respuesta para publicar la rectificación y contraargumentar en el mismo acto, bien mediante las 'notas de la redacción' en el caso de la prensa escrita, ya por conducto de los comentarios y glosas del periodista en los medios audiovisuales, sin ocasión de nueva intervención por parte del ofendido".

*"Este conjunto de elementos confiere a los medios incalculables posibilidades de apabullar al individuo, dejándolo inerme frente a los ataques de que pueda ser objeto"*¹².

Se deduce de la cita, que el impacto de la televisión, radica en ser un medio masivo¹³ de comunicación, en su poder de aglutinar, convocar y congrega a un vasto público frente a un aparato a través del cual se presenta información, y por regla de la experiencia es sabido que en casi todos los hogares colombianos, sin distinción de clase socioeconómica, hay un televisor. Tampoco requiere prueba el hecho de que sobre todo el territorio nacional se extiende el servicio de televisión pública y privada, es un hecho notorio. Por lo tanto, lo es también el hecho de la recepción del servicio en el Departamento de Bolívar y más aún en su capital, Cartagena.

Durante la investigación se demostró que durante el primer semestre de 1997 la sociedad Bimbo de Colombia S.A. realizó erogaciones por valor de \$87.488'700.000 por concepto de publicidad de sus productos, a través de medios de comunicación masivos (prensa, televisión, vallas publicitarias), con el objeto de introducir los productos BIMBO en el mercado colombiano, y hay prueba de que específicamente se hizo publicidad en el Departamento de Bolívar.

La calidad de la difusión (masiva) y el amplio período del que hablan las pruebas (un semestre) le confieren la gravedad suficiente al hecho indicado del conocimiento que Bimbo Ltda. tuvo de los hechos materia de la denuncia, durante ese lapso, por lo menos, por una sola vez.

Teniendo en cuenta que los indicios analizados cumplen requisitos de existencia y validez, además de ser graves, concordantes y convergentes, este Despacho considera probada la adecuación típica de la causal de prescripción de la acción de competencia desleal invocada por el apoderado de la parte denunciada, esto es, el transcurso de más de dos (2) años desde el momento en que Bimbo Limitada tuvo conocimiento de la persona que realizó el presunto acto desleal, 1997, y la interposición de la denuncia ante esta Entidad, junio 30 de 2000. Confirma la evaluación del Despacho el hecho de que el apoderado de Bimbo Ltda. haya admitido en sus alegatos, que su poderdante adquirió el conocimiento de los hechos que nos ocupan durante el segundo semestre de 1997.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Facultades jurisdiccionales

- 1 La Superintendencia de Industria y Comercio en uso de sus facultades jurisdiccionales declara la prescripción de la acción de competencia desleal, conforme con lo previsto en el artículo 23 de la ley 256 de 1996.
- 2 Ordenar el archivo de la presente investigación.

PARÁGRAFO PRIMERO. Notifíquese personalmente al doctor Gustavo Adolfo Palacio Correa, apoderado especial de las sociedades Central Impulsora S.A. de C.V. y Bimbo de Colombia S.A., y al doctor Camilo Calderón Rivera, apoderado especial de Bimbo Limitada, el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra proceden los siguientes recursos:

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-066, marzo 5 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ DICCIONARIO LAROUSSE – PRÁCTICO MODERNO, página 354: "Masivo: Que reúne gran número de personas o se refiere a gran cantidad de cosas: producción masiva".

- 1 **Recurso de reposición**, interpuesto por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes, de acuerdo con lo normado en los artículos 44 y 45 del código contencioso administrativo.
- 2 **Recurso de apelación**, interpuesto por escrito y con presentación personal ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los tres (3) días siguientes.

ARTÍCULO SEGUNDO. Facultades administrativas

- 1 La Superintendencia de Industria y Comercio en uso de sus facultades administrativas, declara la prescripción de la acción de competencia desleal, conforme con lo previsto en el artículo 23 de la ley 256 de 1996.
- 2 Ordenar el archivo de la presente investigación.
- 3 Notifíquese personalmente al doctor Gustavo Adolfo Palacio Correa, apoderado especial de las sociedades Central Impulsora S.A. de C.V. y Bimbo de Colombia S.A., y al doctor Camilo Calderón Rivera, apoderado especial de Bimbo Limitada, el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición, por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes, de acuerdo con lo normado en los artículos 44 y 45 del código contencioso administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D.C., a **12 AGO. 2002**

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificaciones:

Doctor
GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA
C.C. No. 10.135.259 de Pereira
Apoderado
CENTRAL IMPULSORA S.A. DE C.V.
BIMBO DE COLOMBIA S.A.
C.C. No. 10.135.259 de Pereira
Carrera 11 No. 84-42, interior 9
Fax 5 30 09 58
Ciudad

Doctor

CAMILO CALDERÓN RIVERA

C.C. No. 79.153.458 de Bogotá

Apoderado

BIMBO LTDA.

C.C. No. 79.153.458 de Bogotá

Calle 100 No. 8 A - 49, oficina 612

Ciudad.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 24549 de fecha 30/07/2001
fue notificada mediante edicto número 17539
fijado el 27/08/2001 y desfijado el 09/09/2001

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIA GENERAL

El _____ notifique personalmente el contenido
De la presente providencia a Cosmas Páez
Identificado con la C.C. No. 10.175.259
Entregándole copia de la misma e informándole que
Procede el recurso de reposición ante el _____
Dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación.
Verificó en _____

[Handwritten signature]