



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 35474 DE 2002  
( 31 OCT. 2002 )

Por la cual se resuelven unos recursos

**LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las contenidas en el número 8 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992 y 50 del Código Contencioso Administrativo,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** De conformidad con lo resuelto mediante Resolución 25418 del 6 de agosto de 2002, esta Superintendencia dispuso: **ARTÍCULO PRIMERO:** Facultades Jurisdiccionales. 1. La Superintendencia de Industria y Comercio en uso de sus facultades jurisdiccionales **DECLARA** que con las conductas objeto de investigación, la sociedad Abbott Laboratorios de Colombia S.A., representada por su apoderado Gustavo Tamayo Arango, no infringió lo dispuesto en los artículos 11,12 y 13 de la Ley 256 de 1996. 2. En consecuencia, **ORDENA** el archivo de la investigación. (...). **ARTICULO SEGUNDO:** Facultades administrativas. 1. La Superintendencia de Industria y Comercio en uso de sus facultades administrativas declara que con la conducta objeto de investigación, la sociedad **ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.**, representada por su apoderado Gustavo Tamayo Arango, no infringió lo dispuesto en los artículos 11,12 y 13 de la ley 256 de 1996. 2. En consecuencia la Superintendencia de Industria y Comercio en uso de sus facultades administrativas, decide no imponer ningún tipo de sanción pecuniaria a la sociedad **ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.**

**SEGUNDO:** Mediante escrito radicado bajo el número 01015802 fecha 13 de septiembre de 2002, el doctor Gustavo Adolfo Palacio Correa, apoderado de la empresa **TECNOQUIMICAS** presentó en tiempo recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución 26457 del 26 de agosto de 2002.

**TERCERO:** Solicita el recurrente que: 1. Se revoque el numeral primero del artículo primero de la resolución No 26457 del 26 de agosto de 2002, declarándose que la sociedad Abbott laboratories de Colombia S.A., incurrió en las conductas desleales mencionadas en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 256 de 1996. 2. Que en consecuencia de la anterior petición se revoque el numeral segundo del artículo primero de la Resolución No 26457 del 26 de agosto de 2002 por medio de la cual se ordenó el archivo de la investigación. 3. Que se revoque el numeral primero del artículo segundo de la Resolución No 26457 del 26 de agosto de 2002 y se declare que la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S.A., incurrió en actos de engaño, de descrédito y de comparación. 4. Que en consecuencia de la anterior petición se revoque el numeral segundo del artículo segundo de la Resolución No 26457 del 26 de agosto de 2002, y se imponga sanción pecuniaria a la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S.A., por la comisión de las conductas mencionadas en la pretensión anterior.

**RAZONES DEL RECURSO**

**"1. PRETENSIONES**

"Por la cual se resuelven unos recursos"

"Primera: Que se revoque el numeral primero del artículo primero de la Resolución No. 26457 del 26 de agosto de 2002, declarándose que la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S. A. incurrió en las conductas desleales mencionadas en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 256 de 1996.

"Segunda: Que en consecuencia de la anterior petición se revoque el numeral segundo del artículo primero de la Resolución No. 26457 del 26 de agosto de 2002, por medio de la cual se ordenó el archivo de la investigación.

"Tercera: Que se revoque el numeral primero del artículo segundo de la Resolución No. 26457 del 26 de agosto de 2002 y se declare que la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S. A. incurrió en actos de engaño, de descrédito y de comparación.

"Cuarta: Que en consecuencia de la anterior petición se revoque el numeral segundo del artículo segundo de la Resolución No. 26457 del 26 de agosto de 2002, y se imponga sanción pecuniaria a la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S. A. por la comisión de las conductas mencionadas en la pretensión anterior.

## **"2. ANTECEDENTES**

"1 La sociedad Tecnoquímicas S.A. por intermedio de apoderado especial presentó demanda por Competencia Desleal ante la Superintendencia de Industria y Comercio, el día 28 de febrero de 2002, para que se declarara y sancionara a la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S. A. por la comisión de actos de competencia desleal, en particular los consagrados en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 256 de 1996, a partir de una publicación de un estudio en la que comparaba, engañaba y desacreditaba a los productos que tienen por ingrediente activo la Claritromicina.

"2 Mediante Resolución 08718 del 23 de marzo de 2001 se abrió investigación para determinar si la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S. A. incurrió en las conductas denunciadas.

3. Una vez adelantado todo el procedimiento en su etapa de investigación, la Superintendente de Industria y Comercio resolvió mediante la Resolución No. 26457 del 26 de agosto de 2002, no sancionar a la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S. A. ni declarar la comisión de las conductas declaradas al estimar que la sociedad Tecnoquímicas S. A. no es sujeto activo de la acción de conformidad con las exigencias de la Ley 256 de 1996.

## **"3. MOTIVOS Y DERECHO**

### **"A. La ilegalidad de las conductas de Abbott Laboratories de Colombia S. A.**

Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial, esa es la razón de ser y el fundamento de la Ley de Competencia Desleal, por ello textualmente aparece tal consagración en la prohibición general de la Ley 256 de 1996.

Para la Superintendencia de Industria y Comercio es claro que la sociedad demandada Abbott Laboratories de Colombia S. A. incurrió en las conductas desleales descritas en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 256 de 1996. Así lo dejan ver las exposiciones y fundamentos de las consideraciones, tal y como se verá más adelante. Pero no sanciona a la demandada por dichas conductas, ni hace tal declaración en la parte resolutive, porque encuentra que la sociedad Tecnoquímicas S. A., quien promovió la denuncia no es afectada con la publicidad engañosa de Abbott, con lo cual al no tener un interés en la sanción y en la declaración en ese sentido no se declara nada respecto de las pretensiones de la demanda, lo que rife con el objeto y finalidad de la Ley de Competencia Desleal, porque es clara la violación de la libre y leal

"Por la cual se resuelven unos recursos"

competencia, así como del Decreto 677 de 1995 en cuanto a lo que en materia de publicidad dicta esta.

"En efecto, se dice en la página 42 de las consideraciones de la Resolución 26457 del 26 de agosto de 2002 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, lo siguiente: *'Sin embargo, la exclusión de TECNOQUIMICAS del estudio científico contrapuesta a la lista minuciosa de laboratorios y de sus muestras, que fueron analizados elimina la posibilidad de determinar a TECNOQUIMICAS como sujeto de la comparación'*. En este como en otros apartes de la Resolución la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene en cuenta que es clara la afirmación que aparece en el folleto publicitario que contiene el estudio cuando dice que: **"LOS RESULTADOS CLINICOS OBTENIDOS CON KLARICID NO PUEDEN SER EXTRAPOLADOS A LAS COPIAS O GENERICOS"**.

"No queda la menor duda de que el acto en mención es engañoso, desacredita y compara deslealmente el producto Klaricid en detrimento de los demás productos que utilizan la Claritromicina como ingrediente activo, prueba de lo cual se ve en la resolución impugnada, (página 31):

*"La utilización de la expresión 'copia' a todas luces es imprecisa "*

*"Ahora bien, la inexactitud ya percibida en el folleto, respecto del estudio científico que lo sustenta se suma que en el contexto 'copia' no representa lo que, según el diccionario, ésta es'.*

*"La expresión copia, vista en conjunto con las imágenes de los billetes, no da a entender que una copia es una reproducción sino que es algo fraudulento, desprovisto de legalidad y por lo tanto rechazable. En suma, se trata de algo falso lo cual queda plenamente identificado con el billete de veintimil (sic) impreso.*

*"Cobra importancia lo expuesto por el apoderado de Tecnoquímicas al descorrer el traslado del informe motivado 'aquí y en cualquier parte del mundo la copia de un billete es una copia falsa porque no sirve para los mismos fines que el billete original. No podía ser otra la imagen y el mensaje que se quería llevar al público.*

"Y concluye en ese sentido la Superintendencia de Industria y Comercio:

**"Se trata de una publicidad malintencionada con un fin evidente en el mercado, de inclinar la balanza en su favor, no recurriendo a las herramientas hechas para ello sino a través de representaciones engañosas"** (el subrayado es propio)

Y más adelante se señala (página 32):

**En conclusión, el folleto no corresponde a lo literalmente expresado en el estudio científico. En primer lugar, porque el estudio no solo nunca se refirió a copias sino a genéricos y en segundo lugar porque los porcentajes expresados en el folleto no son del tenor literal del estudio. Así pues, no queda duda para el despacho de que existen indicaciones y aseveraciones incorrectas, en el folleto.** (el subrayado es propio)

"La inconformidad de mi mandante y el fundamento del presente recurso girarán en torno a demostrar porque Tecnoquímicas S. A. si se ve afectada con publicaciones y estrategias como la que fue puesta a consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual se constituye a su vez en el objeto del recurso de conformidad con las pretensiones arriba señaladas.

#### **B El interés de Tecnoquímicas S. A. para actuar como parte y su legitimación en la causa.**

"Si bien las claritromicinas de Tecnoquímicas S. A. no hacen parte del estudio, las consecuencias e

"Por la cual se resuelven unos recursos"

implicaciones de las afirmaciones del folleto publicitario directamente si afectan a Tecnoquímicas S. bata (sic) con leer uno de los mensajes que aparecen en el folleto publicitario al decir: "LOS RESULTADOS CLINICOS OBTENIDOS CON KLAKICID NO PUEDEN SER EXTRAPOLADOS A LAS COPIAS O GENERICOS". Sin entrar a debatir lo que es copia o genérico lo cual esta más que claro para el despacho, es innegable que según la particular definición de Abbott Laboratories de Colombia de 'copias' dentro de tal acepción esta el producto de Tecnoquímicas S.A., porque para Abbott son copias de Claritromicina, sin excepción, todos los productos distintos al Klaricid, marca con la que distingue ese laboratorio el producto en el mercado.

Nótese que en la leyenda 'LOS RESULTADOS CLINICOS OBTENIOS CON KLARICID NO PUEDEN SER EXTRAPOLADOS A LAS COPIAS O GENERICOS', no se determinan con precisión, ni con rigor, ni con lealtad, el universo que comprende las 'copias' o genéricos es decir, no se refiere única y excluyentemente a las 'copias' o genéricos del estudio. por tanto la conclusión del estudio se extiende a todas las Claritromicinas existentes, las que hicieron parte del estudio y las que no se mencionaron en el mismo, la leyenda es contundente en decirlo así.

"Opina lo contrario la Superintendencia de Industria y Comercio, al decir: 'Así pues se encontró que cuando el folleto en negrilla dice: "las tabletas analizada, los productos analizados, los genéricos analizados", circunscribe lo dicho en el folleto a esas muestras o a esos laboratorios expresamente enlistados en el estudio científico, en donde de ninguna manera se puede encontrar el Laboratorio TECNOQUIMCAS".

"La anterior anotación carece de validez porque las muestras analizadas, si bien no corresponden a todas las Claritromicinas existentes, si sirvieron como base para conclusiones que se pueden extender a todas las demás. Esa es la naturaleza propia y la razón de ser de las encuestas y de los estudios como el presente, en los cuales se va de lo particular a lo general, en aplicación del método inductivo. Es decir: "llegar a conclusiones generales a partir de hechos particulares" No es necesario para que las consecuencias de un estudio se extiendan a muestras que no fueron tenidas en él que todas aparezcan mencionadas, basta que ellas cumplan con las características que se están midiendo para que dichas conclusiones se deduzcan de las mismas, para el caso concreto se trato de Claritromicinas.

"Pues bien, no por el hecho de no haberse mencionado con precisión el producto genérico de Tecnoquímicas o su marca Klacina, hace que las conclusiones del estudio o las alusiones del folleto no cubra a dichos productos o sea indiferente a Tecnoquímicas S. A., porque al ser Claritromicinas, no sólo se le extiende el alcance de la afirmación respecto a los resultados clínicos, sino que se introduce el producto Klacina y la Claritromicina MK dentro del concepto de "copias", y de ello se extiende también los efectos y denigrantes conceptos del contenido publicitario desleal del folleto, es decir, el concepto de ser productos falsos o fraudulentos que denota el concepto de la comparación de un billete de veinte mil con otro de veintiún mil pesos.

"Las conclusiones del estudio y las denigrantes alusiones del folleto afectan a Tecnoquímicas S.A., porque no se puede desconocer que la sociedad que represento ofrece en el mercado una claritromicina genérica, no una "copia"; como tampoco, que expresamente el folleto publicitario no excluye el producto de Tecnoquímicas, e incluso en el estudio se menciona la Claritromicina MK, con lo cual si tenemos en cuenta que MK es una marca de Tecnoquímicas y que no se hace expresa mención de ello, la comparación que se hace le afecta incuestionablemente por estar en el mercado colombiano el producto Claritromicina MK de Tecnoquímicas S. A.

"Nótese que hablamos del folleto no del estudio, porque en la demanda nunca se puso en tela de juicio la veracidad o la falta de rigurosidad en el estudio, respecto del cual no tenemos conocimiento alguno, la inconformidad siempre fue en relación con el folleto, en el que se trata a todas las Claritromicinas como

<sup>1</sup> Diccionario Consultor España, página 199, Editorial Espala Calpe S.S., Madrid, España, 1998.

"Por la cual se resuelven unos recursos"

copias, como productos falsos, fraudulentos, ilegales, de lo cual dio cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio.

"La exigencia de un tercero determinado no aparece en las normas invocadas, el artículo 11 de la Ley 256 de 1996, alude al sujeto activo de la conducta desleal al titular de *"la actividad, prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos"*. A su vez los artículos 12 y 13 de la misma Ley hacen referencia a los mismos bienes mercantiles que recaigan en 'un tercero'.

"Pero en gracia de discusión, si se quisiera un tercero determinado ese si es el caso de Tecnoquímicas porque en el proceso se acreditó que TECNOQUÍMICAS participa en el mercado de la claritromicina genérica. El folleto no excluyó, en ningún momento, los productos de Tecnoquímicas, sino que hizo una afirmación a manera de conclusión que se aplica a todos los productos genéricos o "copias" de claritromicina, con el agravante de que el folleto no formó una unidad irrevocable (sic) con el estudio como se desprende de las declaraciones de los médicos que comparecieron al proceso, como quedó manifestado en la resolución impugnada.

"Las conclusiones que arrojó el estudio tuvieron como base 40 Claritromicinas, lo cual es una muestra representativa, que hace que dichas conclusiones se extiendan a todas las Claritromicinas, no sólo las que hicieron parte del estudio, de no ser así sería distinta la conclusión de éste, veamos:

*"Conclusión; Estos resultados sugieren, que las tabletas genéricas no son equivalentes al producto original, por lo tanto los resultados logrados en los estudios clínicos con claritromicina de marca, (Laboratorios Abbott) no pueden ser extrapolados a productos genéricos"*.

"Es claro según la redacción que los resultados a que hace relación son los tomados de las 40 muestras, pero la segunda parte de la misma, que es la verdadera conclusión, extiende dichos resultados a todos los genéricos, incluyendo las muestras del estudio y las que no fueron tenidas en cuenta.

"El artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, dispone que *"toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso"*. Al decir del profesor Hernando Morales Morales<sup>2</sup> *"Todo el que acude a las autoridades jurisdiccionales para que le tutelen su derecho (...) debe estar provisto de interés para obrar, que es la necesidad del proceso para satisfacer el derecho afirmado como fundamento de la pretensión o de la defensa, sea la que primera este; llamada o no a prosperar, porque el proceso debe resolver colisiones efectivas de intereses Jurídicos y no, formular declaraciones abstractas"*.

"Quedo claramente establecido dentro del proceso de la referencia que los actos desleales de Abbott Laboratories de Colombia S. A. se presentaron en el mercado, y con fines concurrenciales, porque el móvil de la campaña y de la estrategia publicitaria no era otro que lograr en el mercado de las Claritromicinas un incremento a favor de la demandada y una disminución de los demás participantes en el mercado relevante, en el cual participa Tecnoquímicas S. A.

"Tenemos que el interés de Tecnoquímicas S. A. es actual, porque las afirmaciones y conclusiones del folleto publicitario para el momento en que se presentó la demanda se encontraban amenazando un mercado en el que participan las dos sociedades involucradas en este conflicto.

"Al decir del mismo autor *"El interés equivale a la necesidad, a la urgencia de la intervención judicial y depende: ( . ), b) De que haya una situación que necesariamente reclame la intervención judicial y ante la cual sea inútil cualquier intervención voluntaria"*.

"La petición de mi mandante en el presente proceso solicitando la intervención de la Superintendencia de

<sup>2</sup> Curso de derecho Procesal Civil, Editorial ABC, Bogotá, 1988, página 155

"Por la cual se resuelven unos recursos"

Industria y Comercio, se ve frustrada al no ser tenida como sujeto de la acción, es decir, por no haberse probada la calidad de legitimado.

"De conformidad con el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, tienen legitimación activa: "En concordancia con lo establecido por el artículo 10o.-del Convenio de Paris, aprobado mediante ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o **amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta Ley.**"

Exige la ley dos requisitos, como son:

- (i) cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, y
- (ii) que los intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por actos de competencia desleal.

"Respecto a la primera exigencia quedó más que probado y constituye plena prueba que Tecnoquímicas S. A. participa en el mercado de las claritromicinas con un producto de marca como es Klacina y con un producto "genérico" Claritromicina MK, con ello se cumple con el primer requisito al calificarse al sujeto de la acción.

"Y con la segunda exigencia se cumple también porque la información y las conclusiones del folleto publicitario se extienden a todos los productos que tengan por principio o ingrediente activo la Claritromicina, siendo así las cosas al existir una publicidad desleal, engañosa, es apenas natural que ésta se constituya en una amenaza para los intereses de todos los participantes en el mercado no sólo de las Claritromicinas sino de los productos genéricos a los cuales se les dio el trato de "copias" y se les dio el carácter de productos fraudulentos o falsos porque la ponderación que se hizo en el estudio fue de Claritromicinas en 13 países entre los cuales se encuentra Colombia, donde Tecnoquímicas S. A. desarrolla principalmente su objeto social. Adicionalmente, el hecho de que hayan sido utilizadas 40 "copias" o genéricos hacen de dicha base una muestra representativa, por lo cual las conclusiones y denigraciones que aparecen en el folleto involucran también a la sociedad Tecnoquímicas S. A.

"Por ser Tecnoquímicas S. A. participante en el mercado de los genéricos con la marca MK y McK y en particular de las Claritromicinas es sujeto activo de la acción ante lo cual deberá revocarse la decisión adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 26457 del 26 de agosto de 2002, y declarar que la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S. A. incurrió en las conductas de los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 256 de 1996. por cumplirse los presupuestos materiales de la decisión favorable a Tecnoquímicas S.A., por estar probada la existencia de la relación de partícipes en el mercado de las sociedades Tecnoquímicas S. A. y Abbott Laboratories de Colombia S. A.; la existencia de un folleto publicitario en el que se atenta contra la buena fe comercial, los usos y prácticas comerciales honestas al engañar, denigrar y comparar deslealmente a todos los productos cuyo ingrediente activo es la Claritromicina; porque la Superintendencia de Industria y Comercio reconoció en la Resolución impugnada que Abbott Laboratories incurrió en los actos de competencia desleal que motivaron la demanda a partir de los hechos de la demanda que sirvieron de causa jurídica de las pretensiones.

#### "4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

"Ley 256 de 1996; Ley 446 de 1998; Decreto 677 del 26 de abril de 1995, en especial el artículo 79 y sus párrafos, Código Contencioso Administrativo, Código de Procedimiento Civil y las demás disposiciones análogas y concordantes del ordenamiento jurídico colombiano".

**CUARTO:** Por su parte, el doctor Gustavo Tamayo Arango, apoderado de Abbott Laboratories de Colombia S.A., presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución 26457 de 2002, el día 4 de octubre de 2002, mediante escrito radicado bajo el número 01015802.

"Por la cual se resuelven unos recursos"

### RAZONES DEL RECURSO

"Aun cuando coincidimos plenamente con esa Superintendencia respecto de la parte resolutive de la Resolución objeto de recurso, debemos indicar que nos encontramos en desacuerdo con algunas de las conclusiones a las cuales ha llegado dicha entidad dentro de la parte motiva de la resolución citada en la referencia, en particular, los siguientes, a saber:

#### "A. La Palabra Copia como Término No-Técnico.

"La Superintendencia, en la página 31 de la parte motiva de la Resolución establece, lo siguiente:

*"Como se observa, desde el punto de vista legal, la expresión copia no está admitida. Aunque los médicos aseguran no utilizarla para referirse al medicamento genérico, el INVIMA señala que no obstante de ser legal su utilización, se ha generalizado en el argot de la Subdirección de Licencia y Registros para identificar los productos con igual principio activo pero que aún no se han registrado por primera vez ante el INVIMA, en similar sentido se refiere la Academia Nacional de Medicina.*

*Es claro que a pesar de que la utilización de la palabra en la Academia Nacional de Medicina y en el INVIMA es aceptada, por otra parte es contundente que la expresión desde el punto de vista legal y científico no es admisible." (Subraya fuera del texto original).*

"Debemos anotar que lo anterior no tiene ningún sustento en la ley o en el acervo probatorio contenido en el expediente.

"De acuerdo con lo indicado, pareciera indicar el Despacho que, la palabra "copia" es un término de por sí ilegal.

"Desconozco que en una democracia existan términos que por si solos puedan ser considerados ilegales, motivo por el cual entiendo que lo que desea indicar el despacho en el texto antes citado, se refiere a que la palabra "copia" no es un término definido por la ley. En tal sentido, en aplicación de lo establecido por la Ley 157 de 1887, el significado del término, debe ser, entonces, el que técnicamente tiene el vocablo.

"Según se indicó por el INVIMA y por la Academia Nacional de Medicina, dicho término tampoco tiene una definición técnica<sup>3</sup>, pero seguidamente, ambas entidades indican que dicho término es comúnmente utilizado y muy particularmente no le dan una calificación negativa al mismo o a su uso, lo cual no ha sido tenido en cuenta.

"En consecuencia, siguiendo también los parámetros establecidos en la Ley 157 de 1887, la interpretación que del mismo se hace debe hacerse es la que comúnmente se le da al vocablo, para lo cual el Diccionario de la Real Academia de la Lengua trae varias acepciones siendo todas ellas válidas y LEGALES.

"Como consecuencia de lo anterior, les solicitamos corregir el punto aquí presentado, aclarándolo e indicando que el uso la palabra "Copia" es legal, pero común.

"En adición, teniendo en cuenta lo anterior, debe considerarse que como palabra común que es la palabra "Copia", puede no ser unívoca, y no por ello, su uso debe entenderse como violatorio de la Ley.

<sup>3</sup> Aun cuando el tema es discutible, ya que el mismo INVIMA lo ha usado en el pasado-lo cual está plenamente demostrado en el expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos"

### "B. Publicidad In Integrum"

"De otra parte, puede observarse en varios de los apartes de la resolución que el análisis realizado por esa Superintendencia a la publicidad del producto KLARICID de ABBOTT, se realiza "In Integrum", esto es analizando de manera conjunta el folleto promocional del producto KLARICID, con el estudio denominado "un estudio de la calidad de productos genéricos de CLARITOMICINA de 13 países", lo cual corresponde a la manera correcta de apreciar la conducta objeto de la investigación.

"En tal sentido es correcta la acción de ese Despacho de revisar conjuntamente el folleto, y el documento de investigación. En desarrollo de lo anterior, la Superintendencia compara el contenido del estudio con el del folleto, con el propósito de determinar que en este último se establecen menciones que no son idénticas a los textos del estudio.

"Sin embargo, creemos que el análisis de esa Superintendencia "In Integrum" se queda corto, por cuanto dicho análisis no solamente debe predicarse de un documento frente al otro, sino también de la campaña publicitaria "In Integrum", frente al cuerpo médico.

"No vemos claro cómo se pueda establecer que ABBOTT pueda haber violado, en parte, los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 256 de 1996, siendo que se encuentra demostrado en el expediente que el folleto se entregó conjuntamente con el estudio, que los médicos prefieren y dan mayor relevancia al estudio sobre el folleto y que por lo tanto cualquier error de transcripción que se encuentre en el folleto es inidóneo para llevar a los médicos a entender que se les está engañando respecto de las prestaciones de un tercero.

"De hecho, se encuentra demostrado que respecto de TECNOQUIMICAS, la campaña publicitaria no produjo ningún efecto negativo para dicha sociedad, y a contrario sensu, en el expediente obran manifestaciones de los médicos, cuyo testimonio se recibió bajo juramento, de que tienen a TECNOQUIMICAS como un laboratorio respetable.

"En consecuencia, solicitamos a ese Despacho que se aclare que si bien, las citas del folleto resultan imprecisas respecto del estudio, resulta claro de la evidencia que obra en el expediente, que un médico que hubiere leído el folleto y el estudio, no habría incurrido en ningún error respecto de la extensión, sujetos involucrados, conclusiones y demás aspectos contenidos en el estudio.

"Como consecuencia de lo anterior, solicitamos que se aclare que no existe prueba en el expediente que señale que los actos objeto de investigación, hubieren afectado a TECNOQUIMICAS.

### "II. OTROS"

"Entendemos que el apoderado de la contraparte ya ha radicado en esas oficinas un recurso de reposición en contra de la resolución citada en la referencia, y de acuerdo con ello creemos que ha solicitado la revocación de dicho acto y para ello tratará de presentar argumentos que lleven a ese Despacho al convencimiento de que la publicidad de ABBOTT incluía a TECNOQUIMICAS.

"Sobre el punto, creemos que la ley clara y que el análisis realizado por la Superintendencia refleja el estado actual de la interpretación de los Artículos 11, 12 Y 13 de la Ley 256 de 1996, los cuales son de interpretación restrictiva, como en más de una ocasión lo ha establecido esa Superintendencia, por cuanto dichas normas restringen las libertades públicas.



"Por la cual se resuelven unos recursos"

"Respecto de la reposición presentada por TECNOQUIMICAS, nos preocuparía que se presentaran argumentos, ya mencionadas con anterioridad, respecto de la CLARITROMICINA MK, ya que dicho producto nunca fue mencionado dentro de los hechos constitutivos de la denuncia presentada por TECNOQUIMICAS y por lo tanto respecto de dicho producto la sociedad que represento no ha gozado de la oportunidad de contradecir o solicitar pruebas respecto de tal medicamento.

"Por lo tanto, le solicitamos a ese Despacho, atender argumentos de la contraparte, siempre y cuando éstos se refieran a su producto KLACINA, en caso contrario se violaría el derecho de defensa y el debido proceso de mi cliente.

"De otra parte, con respecto a las consideraciones tenidas por el Despacho referentes a la ausencia de legitimación por activa de TECNOQUIMICAS dentro de la presente denuncia, coincidimos en un todo con los argumentos esbozados a fin de declarar ausencia de legitimación como lo presenta ese Despacho, la ausencia de relación entre los actos denunciados y la sociedad demandante. En efecto, frente al análisis realizado claramente, el estudio se enmarca dentro de una publicidad comparativa, pues bien, sobre este punto dicha entidad ha sido clara y lo ha expresado en la Circular 11 de 2002 y por lo tanto debe existir claridad respecto del competidor o competidores a los cuales la publicidad se refiere.

"En otras palabras, la comparación puede ser implícita, o explícita, y en el presente caso fue explícita y además veraz frente a un laboratorio distinto de TECNOQUIMICAS. Al mencionarse en ningún aparte a TECNOQUIMICAS no puede este pretender que se hagan extensivos los efectos a una publicidad que claramente no lo menciona y por lo tanto es claro que no se encuentra legitimado por pasivo para adelantar una denuncia como lo que acá se analiza".

**QUINTO:** De acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, la decisión de un recurso resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del mismo, aunque no lo hayan sido antes.

## **5.1 CONSIDERACIONES DEL DESPACHO RESPECTO DEL RECURSO INTERPUESTO POR TECNOQUIMICAS S.A.**

### **5.1.1 La ilegalidad de las conductas de Abbott Laboratories de Colombia S.A.**

Señala el recurrente que para la Superintendencia es claro que la sociedad demandada Abbott Laboratories de Colombia S.A., en adelante ABBOTT, incurrió en las conductas desleales descritas en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 256 de 1996, pero no sanciona a la demandada por dichas conductas puesto que no encuentra que TECNOQUIMICAS sea el sujeto afectado con la publicidad engañosa de ABBOTT. Esta conclusión riñe con el objeto y la finalidad de la Ley de Competencia.

En primer lugar, no es cierto que para el Despacho la sociedad ABBOTT hubiese incurrido en las conductas desleales. Al analizar las conductas investigadas, se observó que en cada una de ellas fallaba al menos uno de los elementos necesarios para su verificación. Fue así como en la parte motiva a folio 42 de la resolución que se impugna se dijo: *"Así pues, atendiendo a que en los aspectos generales y particulares no se encontraron reunidos los elementos que configuran la violación a los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 256 de 1996 por parte de la sociedad ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A., esta Superintendencia no califica como desleal la conducta desplegada por la parte denunciada.(...)"*.

Como se observa en el caso presente no se llegó a la conclusión a la que alude el recurrente, es decir no se dijo en la parte resolutive de la decisión que se impugna que en efecto ABBOTT hubiese incurrido en

"Por la cual se resuelven unos recursos"

los actos de competencia desleal, de allí que no le sea posible al apoderado señalar que para la Superintendencia es claro que la sociedad demandada Abbott Laboratories de Colombia incurrió en las conductas desleales descritas en los artículos 11, 12 y 13 pero que a pesar de ello no se sanciona, porque por el contrario para la Superintendencia es claro que no se incurrió en las mencionadas conductas y eso si guarda coherencia con la abstención de sancionar. Se reitera, jamás se dijo por parte de esta Superintendencia que la denunciada había incurrido en los mencionados actos. Por lo tanto no puede decirse por parte del memorialista que se está riñendo el objeto y la finalidad de la Ley de Competencia.

Para claridad del recurrente es menester explicar que al analizar cada una de las conductas de competencia desleal, es necesario desagregarlas de tal manera que sea posible contrastar los supuestos del precepto con los hechos denunciados y debidamente probados, para concluir si se cumplieron o no las exigencias legales, si falta tan solo uno de los supuestos de los requeridos elementos la norma no se tipifica y no está llamada a prosperar la conducta.

En este orden de ideas para considerar que se vulnera una conducta de las establecidas en la Ley 256 de 1996, hay que demostrar el cumplimiento de todos y cada uno de los elementos o supuestos que componen la norma; de ahí que sea posible cumplir con uno o alguno de ellos y fallar en otro u otros, lo que significa que el hecho denunciado no puede ser considerado como desleal, tal y como sucede en el caso que hoy nos ocupa en el que falló la exigencia de encontrar determinado o por lo menos determinable el sujeto contra quien se dirigía la conducta denunciada como desleal, caso en el cual no podría hablarse de la deslealtad de una conducta.

#### 5.1.2 Acerca del folleto

En síntesis, el recurrente señala que cuando la leyenda "LOS RESULTADOS CLINICOS OBTENIDOS CON KLARICID NO PUEDEN SER EXTRAPOLADOS A LAS COPIAS O GENERICOS", la conclusión queda extendida a todas las claritromicinas existentes, hayan hecho parte o no del estudio científico. En suma, expresa el memorialista que a TECNOQUIMICAS, que ofrece en el mercado una claritromicina genérica y no una copia, se le extienden los efectos denigrantes de la publicidad.

Sin entrar en el análisis pomenorizado y minucioso de cada uno de los elementos y piezas que componen el folleto publicitario de marras, conviene traer a colación el texto completo del mismo.

- La presentación del folleto (cara anterior), se inicia con la imagen de dos billetes: uno, claramente de denominación de veinte mil pesos. El otro de imágenes borrosas, con características similares al billete de veintemil, pero que en realidad, sin duda alguna, su denominación es de "veintiumil" pesos, denominación inexistente. El primero se acompaña de la palabra original y el otro, de la palabra copia. En el centro del folleto, en un costado la frase "**Una copia jamás será como el original**".

- El folleto en su interior hace alusión a la existencia de un estudio realizado "*para verificar la calidad de 40 copias de claritromicina en 13 países*" con base en ello, y retomando la imagen del billete observado tras la lupa, el folleto señala:

**1) '20 al 33% de las tabletas analizadas no tienen la concentración de claritromicina que tiene Klaricid'.**

**2) "70% de los productos analizados liberan en 30 minutos menos medicamento que Klaricid".**

**3). "60% de los genéricos analizados exceden los límites de impurezas establecidas por ABBOTT para Klaricid".**

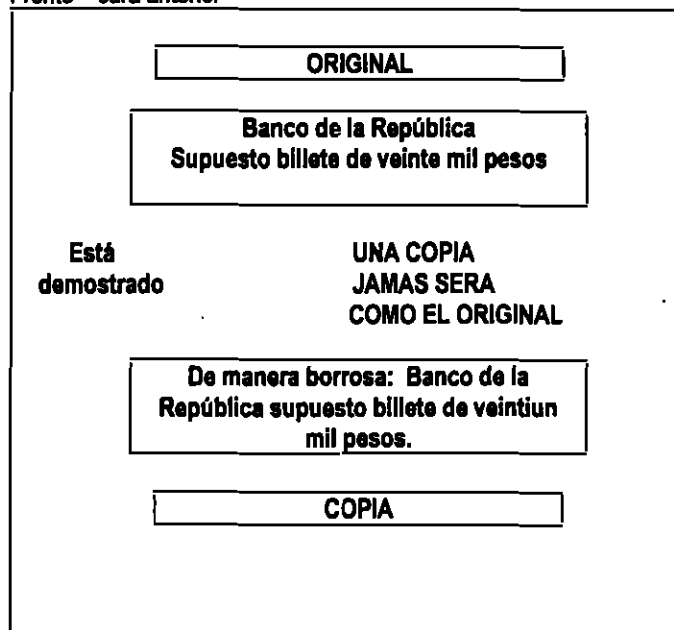
"Por la cual se resuelven unos recursos"

- Finalmente en la franja inferior del folleto, en su interior, se señala:

**"Los resultados clínicos obtenidos con Klaricid no pueden ser extrapolados a las copias o genéricos".**

A continuación se reseña la disposición de las frases o piezas de la publicidad:

Frente – cara anterior



interior

CLARITROMICINA ORIGINAL		
<b>KLARICID<sup>R</sup></b>		
Estudio para verificar la calidad de cuarenta copias de claritromicina en 13 países		
"20 AL 33 % de las tabletas analizadas no tienen la concentración que tiene KLARICID"	"70% de los productos analizados liberan en 30 minutos mas medicamento que KLARICID"	"60% de los genéricos analizados exceden los límites de impurezas establecidas por ABBOTT para KLARICID"
Aquí tras la lupa se observa el billete borroso de veintimil pesos	Aquí tras la lupa se observa el billete de veintimil borroso especialmente el número que lo identifica	Aquí tras la lupa se observa el billete de veintimil: el número que lo identifica se ve borroso.
<b>"LOS RESULTADOS CLINICOS OBTENIDOS CON KLARICID NO PUEDEN SER EXTRAPOLADOS A LAS COPIAS O GENERICOS"</b>		

Tal como se anotó en la resolución que se impugna, las estrategias publicitarias deben analizarse en un todo. Se reitera la especial importancia que tiene el hecho de que no puede analizarse el folleto pieza por pieza, renglón por renglón aisladamente.

"Por la cual se resuelven unos recursos"

Adicionalmente, aunque el malestar que suscita este trámite se deriva del folleto como tal, el Despacho no puede desconocer el estudio científico en el cual éste se basó; pues existe la obligación de comprender el sentido de las afirmaciones y en especial de las conclusiones que el folleto publicitario imprime, aunque el estudio en sí mismo, no constituya el problema a resolver.

- El estudio se refiere a la calidad de los productos genéricos de la claritromicina de 13 países.
- Se realizó con el fin de determinar si los productos de claritromicina genérica eran de la misma calidad que los productos de referencia de ABBOTT. Fueron evaluados la calidad relativa, el contenido de claritromicina, las propiedades de disolución y la pureza de las tabletas de claritromicina de marca, precisamente "klaricid" del laboratorio ABBOTT frente algunas claritromicinas genéricas dentro de las cuales no se encuentra la propia de TECNOQUIMICAS: "Klacina".
- Tal como lo expresa el mismo estudio, fueron evaluados la calidad relativa, el contenido de claritromicina, las propiedades de disolución y la pureza de las tabletas de claritromicina de marca y genérica.
- El estudio señala que "Globalmente, el 20% (8 de 40) de todas las tabletas genéricas examinadas y el 33% (6 de 18) de las tabletas de América Latina, fallaron en contener entre 95 y 100% de la claritromicina anunciada en el rótulo. (folio 28 del expediente).
- Visto el contenido del documento en mención y su relación con el folleto publicitario, el Despacho percibe que incurre en imprecisiones el denunciado al indicar en este último:

**"Los resultados obtenidos con Klaricid no pueden ser extrapolados a las copias o genéricos".**

En verdad lo que el estudio señala en su versión en inglés es: "*These results that generic tablets are not equivalent to the innovator product, raising concerns that clinical trial results achieved with branded clarithromycin (abbott Laboratories) should not be extrapolated to generic products*" La página 293 de la versión en español reza: "Estos resultados sugieren que las tabletas genéricas no son equivalentes al producto original, por lo tanto los resultados logrados en los estudios clínicos con la claritromicina de marca (Laboratorios Abbott) no pueden ser extrapolados a **productos genéricos**. (folio 28 del expediente) (subrayas y resaltado fuera del texto). Como se observa la traducción del estudio científico difiere de lo expresado en el folleto publicitario.

Como se advirtió, la publicidad tendrá que ser vista de manera completa y no por piezas, lo que obliga pensar que hay que entenderla o bien, desde el punto de vista estricto y claro que no requiere mayores análisis y que de manera simplista se capta por el receptor, o en el sentido propio que arroja su análisis en conjunto, sin extender sus conclusiones a referencias que en sí mismas no se hayan contenidas en su texto. En el caso particular, con mayor razón se evidencia la necesidad de hacer de la publicidad un todo inescindible, pues componiéndose el folleto de dos caras una anterior y otra interior, no se debe desagregar su contenido.

Sin pretender reincidir en el significado de la campaña publicitaria, es procedente considerar que "*por lo general las piezas que componen una campaña tienen cierta sinergia entre sí, constituyen una misma idea o estrategia general y/o desarrollan un sentido más amplio a través del conjunto (...)*"<sup>4</sup>.

Entiéndase entonces que de querer extender el significado de la publicidad, como lo es el folleto de marras, dicho sentido sólo podrá ser visto a través del conjunto, de un todo como lo advierte el epígrafe.

<sup>4</sup> Biblioteca Virtual.

**"Por la cual se resuelven unos recursos"**

En suma, de la publicidad pueden hacerse dos lecturas: la primera, la propia y literal que de ella se deriva, su propia conclusión sin más consideraciones y la segunda, referente a un significado mas extenso que de ella se concluye, pero que es fácil de entender, a partir del conjunto, de sus propias piezas, de todos sus elementos que la integran.

Lo anterior nos permite desarrollar la idea de que no le es dable al supuesto interesado en este caso, ampliar la conclusión que diáfananamente expresa el folleto y que sin tropiezos perciben los sentidos. Para confirmar tal claridad de la conclusión y sus efectos respecto de TECNOQUIMICAS, el Despacho analiza la situación a partir de diferentes hipótesis o supuestos:

1. Primer supuesto: Significado de la frase *"los resultados obtenidos con Klaricid no pueden ser extrapolados a las copias o genéricos"*, mirada en conjunto con el estudio científico:

Para este Despacho se presenta una clara publicidad que alude a la existencia de un estudio previo sobre un número de claritromicinas genéricas, estudio del cual se determinó en la resolución que se impugna, puede afirmarse, tuvo vocación circulatoria e ilustrativa al público al cual se dirigía<sup>5</sup>.

Este sustento del folleto publicitario, con mayor razón permite afirmar que la conclusión por la cual aboga el recurrente para definir a TECNOQUIMICAS como sujeto aludido indirecto, no es procedente pues la misma, bajo el respaldo del estudio científico, a todas luces identifica una serie de claritromicinas genéricas que sirvieron de base para el folleto, donde TECNOQUIMICAS de verdad no aparece como sujeto de estudio.

Si concluir significa *"decidir, formar juicio, como consecuencia de un razonamiento"*, las conclusiones serán entonces específicas y se referirán por tanto al razonamiento del cual derivan. En otras palabras, las conclusiones serán excluyentes y específicas.

<sup>5</sup> Se anotó en la decisión que se impugna: *"No obstante el sentido de esta última conclusión (2), el Despacho anota que, los testimonios en este caso no son el medio de prueba idóneo para probar, sin lugar a dudas, que el cuerpo médico no recibió el material publicitario que ha motivado la presente actuación. La prueba no abarcó toda la población médica del país, ni presentó estadísticas que puedan resultar confiables para afirmar, categóricamente, que el folleto publicitario no llegó a sus destinatarios. Por el contrario, ha de tenerse por cierto, el ánimo o vocación circulatoria que tuvieron ambos documentos inseparablemente, acogiendo de esta manera los argumentos expuestos por el apoderado de Tecnoquímicas quien acertadamente al recorrer el traslado del informe motivado manifestó: "(...) De allí que no se entienda (sic) las informaciones de la Superintendencia que apuntan a lo contrario, y casi que admite, que el material desapareció del mercado, por el simple hecho que (sic) unos pocos médicos llamados al proceso por ABBOTT, dieron no conocer o recordar el folleto"*

*Hay claridad en el ánimo y vocación circulatoria mencionados, lo afirmó de tal manera, el Representante Legal de Abbott :*

*"PREGUNTA 1: Podría informarnos como Abbott controla el destino y la inseparabilidad del material publicitario de Klaricid ? RESPUESTA: Abbott se asegura que el material promocional y el estudio lleguen en conjunto al médico a través de un adecuado entrenamiento e instrucciones precisas a la fuerza de ventas. Adicionalmente, la fuerza de venta en la estructura de la visita médica hacía mención referencia y uso de ambos materiales para hacer llegar el mensaje al médico"*

*PREGUNTA 2: Conoce usted las razones por las cuáles los médicos que fueron citados a este proceso afirmaron no haber recibido nunca el folleto publicitario?*

*RESPUESTA: No, simplemente conozco las declaraciones de los médicos donde alguno (sic) de ellos afirman que no le prestan atención a los folletos publicitarios y que concentran su lectura en estudios con evidencias clínicas.*

*Vistas las anteriores consideraciones, no puede más que pensarse que la intención era clara y que no hay duda alguna del ánimo circulatorio que los documentos tantas veces referidos, comportaban. Las circunstancias que hubiesen determinado que el material completo no hubiese llegado al cuerpo médico en su integridad, no son comunicables a este proceso pues sobrepasa el querer de Abbott, quien en boca del propio Representante Legal admite haber pretendido allegar la estrategia publicitaria in integrum al cuerpo médico".*

"Por la cual se resuelven unos recursos"

Así pues, cuando el folleto imprime la conclusión: "*Los resultados clínicos obtenidos con Klaricid no pueden ser extrapolados a las copias o genéricos*", para el Despacho no hay duda de que ésta es una conclusión específica como así, según el sentido común, deben ser las conclusiones; no se trata de una conclusión genérica, - que bajo cualquier criterio lógico y razonado es inexistente -, que abarque o comprenda a TECNOQUIMICAS como sujeto al cual pueda extenderse la conclusión, como lo pretende hacer ver el recurrente. Puede observarse sin vacilaciones, que el estudio recae sobre unas muestras específicas cuya conclusión solo puede ser relativa a ellas mismas, que fueron las analizadas.

En suma, la conclusión, se llega a ella, partiendo de lo general a lo específico, deriva de algo y en el caso presente ni ella en si misma toma en cuenta la claritromicina de TECNOQUIMICAS y vista desde el contexto que le da vida no solo no incluye la claritromicina de TECNOQUIMICAS, sino que por demás, la excluye. De allí que es eminentemente improcedente concluir algo que en si mismo y claramente no abarca la conclusión y que revisada la veracidad y coherencia de la misma con el contexto que le da nacimiento, no puede determinarse estuvo incluida en ese mismo contexto, es decir que haya sido objeto del análisis que antecede la conclusión. Prueba contundente hay sobre su exclusión como lo es el estudio científico que lo sustentó y que como se advirtió renglones atrás tuvo vocación circulatoria.

La conclusión del recurrente, es decir, aquella que pretende establecer que la frase es general y por tanto abarca a TECNOQUIMICAS, no es aceptable al no derivar de lo predicado atrás, porque falla al hacerse el razonamiento una premisa que permita establecer que TECNOQUIMICAS es referida en el estudio o a propósito de éste, en el folleto por ser el estudio representativo del mercado (universalidad del mismo). Dicha representatividad del estudio no fue motivo de prueba en el expediente y no existen elementos que permitan al Despacho percibirlo, lo que coherentemente lo inhibe para inferir que TECNOQUIMICAS es sujeto lesionado.

2) Segundo supuesto: la conclusión "*los resultados obtenidos con Klaricid no pueden ser extrapolados a las copias o genéricos*", mirada la frase con exclusión de los resultados del estudio científico mencionados en el folleto.

Ahora bien, en gracia de discusión y vuelta a mirar la conclusión "*los resultados obtenidos con Klaricid no pueden ser extrapolados a las copias o genéricos*", excluyendo los resultados del estudio científico mencionados en el folleto esta Superintendencia percibe, en sentido estricto, que en la publicidad de ABBOTT, precisamente en el folleto, no se presenta ninguna referencia sobre los resultados obtenidos con KLARICID. La realidad es que en el folleto publicitario donde la conclusión que molesta se imprime, KLARICID no es mencionado, ni se resalta de esta claritromicina sus ventajas. Así las cosas, la frase "*los resultados clínicos obtenidos con Klaricid*" se considera irrelevante, aislada y carente de correspondencia con las premisas que se incorporan en el folleto de manera anterior, por tanto inocua para la claritromicina genérica que comercializa TECNOQUIMICAS, podría incluso afirmarse que la referida frase responde a una conclusión deliberada y particular que se imprimió en el folleto.

Así las cosas, lo único que podría afirmarse en esta hipótesis es que Klaricid no es mejor claritromicina que las demás existentes en el mercado; que las claritromicinas genéricas que hay en el mercado no son de baja calidad respecto de la de ABBOTT sino simplemente diferentes y sus resultados no pueden extrapolarse o mejor equipararse a los resultados obtenidos con Klaricid.

#### 5.1.2.1 Respecto de la infracción de las normas de publicidad.

El Despacho conviene en precisar que, en el marco de la competencia desleal no puede verificarse el cumplimiento o no de las normas de publicidad. Es por ello, que al percibirse imprecisiones en la campaña publicitaria (no su ilicitud), que bien pudieron ocasionar infracción al régimen de la leal competencia, pero que en este caso no la ocasionaron por no reunir todos los supuestos de hecho de las normas analizadas,

"Por la cual se resuelven unos recursos"

es deber remitir el expediente a la Delegatura de Protección al Consumidor, a fin de que estudie el caso particular a la luz de las normas concretas.

Se aclara, en todo caso, que los intereses que aquí se ventilaron son generadores de protecciones distintas en una y otra Delegatura, pero no incompatibles, pues bien puede darse el caso de que a través de publicidad imprecisa o de publicidad calificada como engañosa, se cometan actos de competencia desleal o que a pesar de la violación a las normas de publicidad o de su imprecisión no se presente trasgresión alguna a la Ley de Competencia.

De todas formas, se advierte que el trámite de "publicidad engañosa", en estricto sentido, es competencia exclusiva de la Delegatura mencionada y para ese fin se remitirá el expediente<sup>6</sup>, en lo cual insiste este Despacho.

#### **4.1.3 El interés de TECNOQUIMICAS S.A. para actuar como parte y su legitimación en la causa**

Señala el recurrente que la petición de su representado se ve frustrada al no ser tenida como sujeto de la acción, es decir por no haberse probado la calidad de legitimado.

Adicionalmente basado en la frase: "*LOS RESULTADOS CLINICOS OBTENIDOS CON KLARICID NO PUEDEN SER EXTRAPOLADOS A LAS COPIAS O GENERICOS*", hace énfasis en que la conclusión se extiende a todas las claritromicinas existentes, incluyendo la de TECNOQUIMICAS.

En cuanto al primer argumento no puede el Despacho pasar por alto el señalamiento del legítimo ejercicio que de la acción efectuó el denunciante. De no haber sido así no sólo no se hubiese dado inicio a la denuncia y lo que es más lógico, no se hubiere llegado a la decisión que se tomara mediante la resolución que hoy se impugna.

Una cosa es el ejercicio de la acción: la verificación previa de sus elementos constitutivos y las condiciones de la misma acción y otra muy distinta los presupuestos procesales y el interés sustancial en el proceso.

Los primeros, es decir los referentes a la acción, buscan sin más, identificar la acción que se ejercita y determinar los requisitos de su prosperidad. La acción se identifica por tres elementos básicos como son los sujetos (activo – pasivo), el título o *causa petendi* y el objeto de la acción, situación esta que se legitima o tiene vida en el caso de competencia desleal tras la aplicación del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, derecho que en efecto ejerció la sociedad TECNOQUIMICAS y que no puede decirse de ninguna manera ha sido coartada por este Despacho.

En efecto se tuvo a TECNOQUIMICAS como sujeto activo de la acción independientemente de que su pretensión haya o no haya tenido éxito, ese es el riesgo que corre el accionante de encontrar tutelado o no, disipada o no la existencia de un derecho que pretende y que es incierto hasta que el juez no se pronuncie sobre él.

<sup>6</sup> Si bien el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 reza: "*para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: 1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor*", esta norma no puede interpretarse en el sentido de que cualquier infracción a las normas de publicidad, per se, involucra un acto contrario a la libre competencia. Una interpretación de este modo refiría con el fundamento en el que se asienta el Derecho a la Libre Competencia (protección al empresario, al mercado y en últimas al consumidor). Además, esta norma está dada en función de los actos contrarios a la libre competencia y no de los actos desleales de la competencia, por lo cual tampoco se observa que sea aplicable al caso que ocupa la atención de este Despacho.

"Por la cual se resuelven unos recursos"

Precisamente dentro del marco de esa acción que interpone el accionante deberán verificarse ciertas condiciones que son necesarias ya no para su conformación procesal sino para aseguramiento o su éxito, lo que la Corte Suprema de Justicia se ha dado en denominar requisitos de mérito:

*"Estos requisitos de mérito son llamados condiciones de la acción, porque la respaldan y determinan su acogida y su éxito. Estas condiciones consisten en la tutela de la acción por una norma sustancial, en la legitimación en la causa y en el interés para obrar. Se cumple la primera de estas condiciones cuando el hecho o hechos que le sirven de fundamento a la acción (causa petendi) y la pretensión que constituye su objeto (petitum), coinciden con el hecho o hechos previstos por la ley sustancial y con el efecto jurídico que ésta atribuye a los mismos hechos. Apareciendo esta concordancia, resulta la acción tutelada por la ley y satisfecha una de las condiciones de su prosperidad. Así pues la legitimación en causa es en el demandante la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la prestación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal, no es el interés que se deriva del derecho invocado (interés sustancial) sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la prestación correlativa o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho (...)"*<sup>7</sup>

De esta suerte, no es aceptable el argumento del recurrente al señalar que se le ha vulnerado su derecho a la acción, pues confunde su ejercicio con su prosperidad, cuando de facto son asuntos totalmente distintos.

Ahora bien, respecto al tema de que la conclusión referida anteriormente se hace extensible a TECNOQUIMICAS, no es de recibo este argumento; pues en el análisis de cualquier conducta la autoridad competente está llamada a verificar al sujeto lesionado y que dice ser la persona que tiene interés legítimo para que se le tutele un derecho. Se contempla pues como requisito la eminente referencia a un agente que sufre con el acto bien porque de manera expresa se mencione, o bien porque se puede deducir casi que espontáneamente. La propaganda que da inicio a esta investigación, en tanto la misma fuera denigratoria o ilícita, sin lugar a dudas ha de ser referencial, ha de contener una referencia individualizada a determinado competidor, ya designándolo por su nombre, o bien de modo que resulte de manera inequívoca su identificación.

En todos y cada uno de los tipos conductuales que aquí se investigan observamos con rigor que en ellos se hace alusión a un presupuesto para su configuración: "la existencia de un sujeto sobre quien recaen los presuntos actos desleales". Así tenemos que en el caso de los actos de engaño la inducción al público a error recae sobre la actividad, las prestaciones o el establecimiento AJENOS. En el descrédito se reprime la maniobra que busca desacreditar los mismos bienes ya mencionados pertenecientes a un TERCERO. Y finalmente, en los actos de comparación se reprime la comparación pública de los mismos bienes aludidos, propios o ajenos, con los de un TERCERO.

Esa designación que hace la Ley de unos sujetos presuntamente lesionados no puede desconocerse; no tendría sentido que cualquier sujeto aún sin un interés legítimo, presentara una denuncia so pretexto de ostentar el carácter de tercero requerido, sin tener pruebas que lo legitimen. Fallaría no solo la legitimación en la causa que como bien aclara la Corte y se reitera, *en el demandante es la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la prestación correlativa*, sino que también fallaría el interés para obrar *"que no es el que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la prestación correlativa o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho, o de sustituir una situación jurídica por otra"*.

<sup>7</sup> CSJ C.S.J., Cas. Civil, Sent, feb 21/66. M.P. Enrique López de la Pava.



"Por la cual se resuelven unos recursos"

En conclusión, falla entonces un presupuesto necesario para la configuración de las conductas que se investigaron, esto es las contenidas en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley 256 de 1996 y en consecuencia los argumentos de la recurrente no están llamados a prosperar.

## 5.2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO RESPECTO DEL RECURSO INTERPUESTO POR ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.

### 5.2.1 La palabra copia como término no técnico

No es cierto que el Despacho haya dado el calificativo de ilegal, - así no aparece en ningún acápite de la resolución que se impugna-, a la palabra copia. La Academia Nacional de Medicina, tal como obra a folio 722 del expediente señaló que tal palabra - entiéndase, para referirse a los medicamentos no innovadores-, no es científica, y no puede asemejarse a genérico. A lo anterior, se suma el conjunto de testimonios médicos de los cuales se concluyó que no solo no es palabra científica sino que no es de uso común dentro del gremio médico.

El Despacho por lo tanto, encuentra impropio el uso de tal vocablo, mirado en el contexto en que se presentó, no porque el mismo en sí comporte ilegalidad, de hecho el significado común de la palabra no le da el cariz de tal, sino porque acompañada de los billetes y del resto de la publicidad impresa en el folleto que constituye un todo inescindible, no es sinónima de genérico, ni desde el punto de vista del lenguaje común, ni en el argot médico como quedó demostrado en el expediente.

### 5.2.2 El análisis de la publicidad *in integrum* se queda corto, por cuanto dicho análisis no solamente debió predicarse de un documento frente al otro, sino también de la campaña publicitaria "*in integrum*", frente al cuerpo médico.

No es cierto como lo afirma el recurrente que se haya probado en el expediente que el folleto se entregó conjuntamente con el estudio. Lo que quedó establecido en el expediente fue:

- ξ Que los médicos interrogados no recibieron el folleto, pero que su conjunto de testimonios no conforman un universo representativo que permita concluir al Despacho que la población médica interesada en el producto particular, hubiese recibido solo el estudio científico.
- ξ Que ambos documentos: folleto y estudio tuvieron ánimo o vocación circulatoria y las razones por las cuáles no se estableció su entrega conjunta al cuerpo médico no es comunicable al proceso.

Pretende el recurrente que se afirme que: "*resulta claro de la evidencia que obra en el expediente, que un médico que hubiere leído el folleto y el estudio no habría incurrido en ningún error respecto de la extensión, sujetos involucrados, conclusión y demás aspectos contenidos en el estudio*". Adicionalmente pretende que se afirme como consecuencia de lo anterior, que no existe prueba en el expediente que señale que los actos objeto de investigación, hubieren afectado a TECNOQUIMICAS.

Para lograr consolidar la afirmación, argumenta que el Despacho se quedó corto en el análisis de la publicidad *in integrum*.

Concluir la primera afirmación pretendida por el recurrente, equivaldría a afirmar sin un serio recaudo probatorio sobre el particular, un hecho posible, aleatorio, contingente, pero no cierto, real y patente y por demás no discutido en el trámite.

En cuanto a la segunda afirmación pretendida, el Despacho anota que es cierto, como se estableció ya en la resolución que se impugna, que sólo en cuanto al ámbito de la competencia desleal, y no respecto de

"Por la cual se resuelven unos recursos"

otras disciplinas sancionatorias, TECNOQUIMICAS no se encontró afectada en la investigación que termina en esta instancia.

Para finalizar sobra pronunciarse sobre el capítulo "otros", del recurso presentado por el doctor Tamayo Arango, apoderado de ABBOTT, pues la resolución de este recurso desvanece la preocupación del impugnante contenida en el referido acápite.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

**RESUELVE:**

**ARTICULO PRIMERO: FACULTADES ADMINISTRATIVAS.**

1. La Superintendencia de Industria y Comercio en uso de sus facultades administrativas confirma en todo la decisión contenida en la resolución 26457 del 26 de agosto de 2002.
2. Notifíquese personalmente y en su defecto por edicto, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo el contenido de la presente resolución al doctor GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA en su condición de apoderado de la sociedad TECNOQUIMICAS S.A. y al doctor GUSTAVO TAMAYO ARANGO en su condición de apoderado de ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A., entregándoles copia de ella e informándoles que contra la presente **decisión administrativa** no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa.


**ARTICULO SEGUNDO: FACULTADES JURISDICCIONALES**

1. Notifíquese personalmente y en su defecto por edicto de acuerdo con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo el contenido de la presente resolución al doctor GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA en su condición de apoderado de la sociedad TECNOQUIMICAS S.A. y al doctor GUSTAVO TAMAYO ARANGO en su condición de apoderado de ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A., entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la presente **decisión jurisdiccional** procede el recurso de apelación, interpuesto por escrito y a través de apoderado, ante el Superintendente de Industria y Comercio para ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en el acto de notificación o dentro de los tres (3) días siguientes a la misma.
2. Archívase la presente investigación una vez quede en firme la misma.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá a los **31 OCT. 2002**

**LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

  
**MÓNICA MURCIA PAEZ**

"Por la cual se resuelven unos recursos"

**Notificaciones:**

**NOTIFICACIONES:**

Doctor  
**GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA**  
10.135.259  
Apoderado  
TECNOQUIMICAS S.A.  
Carrera 11 # 84-42 interior 9  
Fax: 5300958  
Ciudad

Dóctor  
**GUSTAVO TAMAYO ARANGO**  
79.152.549  
Apoderado  
ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.  
Calle 72 # 5-83 piso 5  
Fax: 6069701  
Ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

En Bogotá, a

3 NOV 2002

Notifiqué personalmente al Dr. Karla Escobar

52.429.246

el contenido de la anterior providencia que

apuesto firma

Karla Escobar  
auxo poder

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 3 NOV 2002

Notifiqué personalmente al Dr. Gustavo Palaco

el contenido de la anterior providencia que

apuesto firma

Gustavo Palaco  
[Signature]