



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 16158 DE 2004
(19 JUL. 2004)

Por la cual se resuelve una solicitud de medidas cautelares

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las contenidas en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, y los artículos 143, 144, 147 y 148 de la Ley 446 de 1998

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la sociedad Disa Ltda., a través de apoderado, mediante escrito radicado bajo el número 04065712 000000 del 12 de julio de 2004, solicitó a este Despacho el decreto y práctica de medidas cautelares previo proceso y sin oír a la parte contraria, las cuales se encuentran previstas en el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 256 de 1996, en contra de la sociedad Quala S.A.

SEGUNDO: Que la solicitud de medidas cautelares presentada por Disa Ltda. tiene como pretensiones las siguientes:

"1. Que se ordene a la sociedad QUALA S.A. suspender y sacar inmediatamente del aire, el comercial para el producto CALDO DE TRES CARNES marca TRISUSTANCIA que fuera codificado con el código PC 8923 según certificado expedido por INRAVISIÓN el día 25 de junio de 2004, y a que se refiere el presente escrito. Solicito que esta medida se extienda a todos los canales en donde actualmente QUALA emite el comercial objeto de la presente solicitud.

"2. Que se ordene a la sociedad QUALA S.A. la cesación provisional de actos de competencia desleal consistentes en la promoción, por cualquier medio de un producto inexistente utilizando menciones que busquen afectar el funcionamiento concurrencial dentro del mercado, tal y como sucede con el comercial al que se refiere el punto anterior y cualquier otro similar."

TERCERO: Que la solicitud de medidas cautelares se sustenta en los siguientes hechos:

1. *"Disa Ltda. tiene como actividad comercial la fabricación y venta de productos alimenticios de consumo masivo y especializado."*

2. *"El 22 de junio de 2004, DISA lanzó al mercado un producto alimenticio consistente en un caldo de triple sustancia: Costilla, gallina y cerdo, con la marca FRUCO..."*

3. *Para la promoción y publicidad del producto en mención, Disa Ltda. ha invertido dinero, "resaltando sus cualidades y características para el consumidor, por ser un producto novedoso, ya que los caldos de sustancia que existían en el mercado se referían a un solo tipo de carne, como el caldo de gallina, caldo de carne, caldo de costilla, o el caldo de pescado. Al contener este producto las tres carnes: COSTILLA, GALLINA Y CERDO, sin duda alguna constituye una gran innovación en el mercado de los caldos de sustancia,*

pues ofrece al consumidor un sabor diferente con la unión de las tres sustancias de carne en un solo cubo."

4. *"El día 25 de junio de 2004, QUALA S.A., anunció por primera vez en los intermedios comerciales del programa SWEET en la Cadena Uno a las 22:48 (10:48 pm) un comercial de televisión sobre un producto caldo tres carnes gallina, res y cerdo, "trisustancia", (...). En este comercial no se hace ninguna referencia a una marca de fábrica ni a su origen empresarial y mucho menos a que el producto no se encuentre en el mercado colombiano, pues no se utiliza ninguna expresión que de a entender que será lanzado próximamente."*

5. *"Desde esa fecha, QUALA S.A. ha pautado este comercial de televisión de manera reiterada, tal y como consta en la certificación de IBOPE COLOMBIA S.A.. En efecto, en esta certificación consta que este comercial para el 7 de julio de 2004 se ha transmitido en televisión más de 115 veces, en diferentes programas de los canales RCN, CARACOL, UNO y CITY TV..."*

6. *En el comercial de televisión e impresiones adjunta a la certificación de IBOPE DE Colombia S.A., "en éste intervienen varias señoras "amas de casa", refiriéndose al ingrediente de cerdo con expresiones tales como "el saborcito de ese marranito, de ese cochinito...", "perfecta para la lechona por la grasa", "con grasita", "massimo sabor a cerdo", y así mismo utilizan imágenes del hocico de un cerdo, platos como la lechona, morcilla, chicharrón, entre otros platos grasosos."*

7. *Revisados los principales almacenes de cadenas de supermercados y tiendas de barrios no se encontró el producto anunciado en el comercial de televisión.*

8. *En la línea de atención al usuario de Quala S.A. se informó que el producto no está en el mercado, sin dar noticia ni fecha cierta de su lanzamiento.*

9. *No obstante de no estar el producto en el mercado, el comercial de televisión no incluye frases como "ya viene", espérela" "ya llega" "está en camino" "pronto" que indiquen su próximo lanzamiento.*

CUARTO: Que Disa Ltda. en la solicitud de medidas cautelares considera que la conducta que le atribuye a Quala S.A., constituye incursión en el acto de competencia desleal contenido en el artículos 7 de la Ley 256 de 1996.

QUINTO: Que para resolver las medidas cautelares solicitadas por la sociedad Disa Ltda. se tienen en cuenta los siguientes fundamentos:

El artículo 31 de la Ley 256 de 1996 señala lo siguiente:

"Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

"Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud". (...) Subraya fuera de texto.

De la anterior norma, esta Superintendencia concluye lo siguiente:

1. Un presupuesto básico para que sea procedente el decreto de medidas cautelares, consiste en que la solicitud provenga de una persona legitimada para presentar tal petición. En el caso de la ley de competencia desleal, la legitimación está determinada por los artículos 20 numeral 1¹ y 21 inciso primero² de la Ley 256 de 1996, en armonía con el artículo 3³ de la misma norma.

2. Para decretar las medidas cautelares por parte del juez, debe existir comprobación de la realización de un acto de competencia desleal o la inminencia de la misma, lo cual se demuestra con las pruebas que tenga el funcionario para decidir.

3. La solicitud de medidas cautelares tiene un trámite preferente y, que de acuerdo al peligro grave e inminente que representa el acto de competencia desleal realizado o por realizarse, se pueden tramitar por el juez de la siguiente manera:

- Sin oír a la parte contraria, caso en el cual podrá resolver la petición dentro de las 24 horas siguientes, contadas a partir del recibo de la solicitud, siempre y cuando exista un peligro grave e inminente.

- Escuchando a la parte contraria, para lo cual deberá correr traslado de la demanda y de las medidas cautelares, para efectos de poder resolver la solicitud, caso en el cual se entenderá que no existe un peligro grave e inminente para el accionante.

5.1. Legitimación para solicitar el decreto de medidas cautelares

El presupuesto de la legitimación por parte de la persona que solicita el decreto de medidas cautelares, está establecido en los artículos 20 numeral 1 y 21 inciso primero de la Ley 256, en armonía con el artículo 3 de la misma norma.

Así las cosas, si bien la aplicación de la ley de competencia desleal no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre quien realiza el supuesto acto desleal y quien sufre sus consecuencias, lo cierto es que el legitimado para obtener un decreto de medidas cautelares, es el afectado por la conducta que se debate, ya sea porque participa

¹ Artículo 20 numeral 1º de la Ley 256 de 1996. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley". (La remisión debe hacerse al artículo 31 de la Ley 256 de 1996.)

² Artículo 21. Legitimación activa. En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, 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.

³ Artículo 3. Ámbito subjetivo de aplicación. Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.

La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.

en el mercado, o porque ha demostrado su intención de participar en el mercado y sus intereses económicos resultan perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal que demanda.

En este sentido, el concepto de *participación en el mercado* es un elemento determinante para establecer si la actora es, o puede llegar a ser, afectada por los actos que cuestiona como desleales. Una persona participa en un mercado, cuando toma parte del mismo, es decir, cuando concurre a él ofreciendo bienes o servicios, a fin de disputar una clientela. En consecuencia, el mercado no es un lugar abstracto e ilimitado, sino que frente a cada situación requiere ser precisado, teniendo en cuenta los factores que en cada caso particular toman en consideración los clientes o compradores para elegir entre las diferentes ofertas o alternativas que son puestas a su elección. Así las cosas, si un determinado productor no ofrece sus bienes o servicios a los compradores potenciales del mismo, dicho productor no participa en ese mercado, pues al no tener dichos compradores la posibilidad de acceder a la oferta, no estará el productor disputando una clientela.

En el presente caso, para efectos de determinar si Disa Ltda. participa en el mercado colombiano, y por ende establecer si se encuentra legitimada para solicitar las medidas cautelares contenidas en su petición, se hace necesario tener en cuenta los documentos que acompañan la solicitud de tales medidas.

Así las cosas, para efectos de probar si la accionante participa en el mercado colombiano, esta Superintendencia tiene en cuenta los productos caldo de Triple Sustancia identificados con la marca Fruco, fabricados y exportados por Disa Ltda., de lo que se puede colegir que la solicitante de las presentes medidas cautelares actualmente participa en el mercado colombiano y que por consiguiente se encuentra legitimada para solicitar el decreto de medidas cautelares en contra de Quala S.A.

5.2. Comprobación de la realización de los actos demandados por parte de Quala S.A.

El artículo 31 de la Ley 256 de 1996 dispone, que "***[c]omprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes***" (subrayado fuera de texto).

Dos presupuestos básicos para que sea procedente la orden de cesación provisional de un acto que se demanda como de competencia desleal, y, en general, para que el decreto de medidas cautelares sea procedente, consiste en que se encuentre comprobada la realización de un acto de competencia desleal y que la petición provenga de una persona legitimada para presentar tal solicitud.

En cuanto al primero de los requisitos arriba citados –que se encuentre comprobada la realización de un acto de competencia desleal–, resulta indispensable que la conducta demandada corresponda a un acto de competencia y que ese acto de competencia, pueda

ser calificado como desleal. Así las cosas, para que un acto pueda ser calificado como de competencia, es necesario que el mismo cumpla con los elementos descritos en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 256 de 1996, por lo cual en el proceso deben encontrarse establecidos los ámbitos objetivo, subjetivo y territorial del supuesto acto de competencia desleal.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, el artículo tercero dispone que la ley de competencia desleal *"se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado"* y que ***"[l]a aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal."***

Como consecuencia de lo anterior, uno de los aspectos relevantes de la norma arriba citada y, por lo tanto, del acto de competencia, consiste en que en la conducta de competencia desleal están envueltos dos sujetos: uno activo, que es quien realiza el acto de competencia desleal; y uno pasivo, que es quien se ve afectado o quien puede ser afectado por el acto de competencia desleal. Esta determinación de los sujetos activo y pasivo en el acto de competencia desleal, resulta relevante para determinar quienes están legitimados para ser parte en eventuales trámites judiciales, pues dado que la característica fundamental de los procesos es la de ser asuntos contenciosos, en ellos deberá existir un sujeto activo y uno pasivo en la relación procesal. En este orden de ideas, el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal, será la parte actora en el proceso, quien deberá estar legitimado por activa, mientras que el sujeto pasivo del proceso, será quien realizó el acto que se demanda, o lo que es lo mismo, el sujeto activo del acto de competencia desleal.

Así las cosas, al ser la solicitud de medidas cautelares un trámite que si bien puede ser previo a la existencia de un proceso judicial, envuelve una orden preventiva en contra de quien supuestamente ha realizado un acto de competencia desleal (sujeto activo del acto y pasivo de la solicitud de cautelas), **resulta indispensable que en el expediente se encuentre establecida la realización del acto que se cuestiona por parte de la persona frente a quien pretende el solicitante que se dicte la medida cautelar**, pues de lo contrario, no estará comprobada la realización de un acto de competencia desleal por parte de quien se acusa de ello. Lo anterior concuerda con el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, pues dicha norma establece como una de sus exigencias básicas, que se encuentre *"[c]omprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma."*

En la presente solicitud de medidas cautelares, la sociedad Disa Ltda. solicita a la Superintendencia de Industria y Comercio que adopte unas medidas cautelares en contra de la sociedad Quala S.A., pues según el actor, dicha compañía habría difundido a través de la televisión colombiana, un comercial con el que estaría afectando deslealmente los intereses económicos de Disa Ltda. al incurrir, supuestamente, en actos contrarios a la prohibición general contenida en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996.

Finalmente, antes de analizar la comprobación de los actos de competencia desleal que le atribuye Disa Ltda. a Quala S.A., se hace necesario determinar si ésta es la responsable del comercial de televisión a que anteriormente hemos hecho referencia. Para lo anterior, este Despacho tiene en cuenta los documentos aportados por la solicitante de las

presentes medidas cautelares provenientes de Ibope Colombia S.A., en los cuales se acredita que el titular o responsable del comercial de televisión cuestionado es Quala S.A.

5.2.1. El caso en concreto

Afirma el solicitante de la cautela, como eje central de su petición, que el comercial de televisión pautado por QUALA S.A., "*sobre un producto caldo tres carnes gallina, res y cerdo, "trisustancia"*", es contrario a la prohibición general contenida en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996, toda vez que su finalidad no es la de exaltar las características de un producto, sino la de afectar la libertad de decisión de los consumidores frente al producto Triple Sustancia de Fruco, así como afectar el normal desenvolvimiento de un subsegmento del mercado de los caldos de sustancia. Lo anterior se explica, según el solicitante, en razón a que no existe el producto anunciado en el mercado y que si bien es posible que en la actividad publicitaria se desarrollen campañas publicitarias de expectativa, el comercial cuestionado no es de expectativa.

Así las cosas, la pretendida deslealtad de la conducta de la sociedad QUALA S.A., se generaría por el hecho de estarse difundiendo un comercial de televisión, cuya finalidad no es promover la adquisición de un producto, sino evitar directamente la compra de los bienes ofrecidos por el solicitante de la cautela, afectando de esta forma la libertad de decisión del consumidor y el funcionamiento concurrencial del mercado.

Como se expresó anteriormente, el artículo 31 de la Ley 256 de 1996 establece que para que sea procedente el decreto de una medida cautelar, debe estar comprobada la realización de la conducta que se ataca. En el presente caso, analizado el material probatorio aportado por la actora al trámite, no se encuentra que exista una prueba directa y suficiente que le permita concluir al Despacho con la certeza requerida para el decreto de cautelas⁴, que efectivamente el comercial objeto de la solicitud, no tenga por objeto promover la adquisición del producto anunciado, y que por el contrario, su intención sea exclusivamente la de provocar que no se adquiriera el producto del solicitante de las medidas cautelares, afectando deslealmente de esa forma la libertad de decisión del consumidor y el funcionamiento concurrencial del mercado.

Ahora bien, de la solicitud presentada por el actor, podría desprenderse que la finalidad del comercial cuestionado, esto es, que el mismo no tiene por objeto fomentar la adquisición de un producto, sino evitar la compra de otro, se encontraría demostrada mediante indicios, por lo cual entra el Despacho a analizar los hechos indicadores expuestos por el actor, al igual que las pruebas con las que pretende demostrar los mismos, en armonía con lo dispuesto por el artículo 248 del CPC⁵.

⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil, sentencia de noviembre 4 de 2003

⁵ **Art. 248.- Requisitos de los indicios.** Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso.

5.2.2. EL PRODUCTO ANUNCIADO

Afirma el actor que el comercial cuestionado, *"no tiene como finalidad exaltar las características de un producto, pues ni siquiera identifica alguno"*, por lo que el fin no es otro que *"afectar el segmento de caldos con tres sustancias: carne, pollo y cerdo."* En este mismo sentido, igualmente afirma el actor, que el comercial mencionado infringe el artículo 22 del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, pues en dicha norma se establece que *"[t]odo anuncio debe identificar claramente al anunciante, bien sea por el producto mismo o por el nombre del fabricante o distribuidor."*

Analizando el comercial cuestionado, el Despacho observa, contrario a lo afirmado por el actor, que en éste sí se encuentra identificado el producto anunciado y que en el comercial sí se exaltan las características del producto.

En efecto, analizando el comercial, se observa que durante los primeros cuatro segundos (4") aparece el empaque del producto anunciado, en el cual se lee fácilmente la denominación "Trisustancia" con la que se identifica el producto; igual sucede en la toma anterior al cierre del comercial (segundos 25 a 27), en la que se aprecia la envoltura del producto y posteriormente el empaque; si lo anterior no fuera suficiente, en adición a las imágenes, el audio del comercial expresamente menciona el nombre del producto (Trisustancia) en 3 ocasiones repartidas al inicio, en el medio y al final de la pieza publicitaria.

En igual sentido, el comercial también hace referencia a las características del producto y exalta las mismas, al mostrar escenas en las que supuestas consumidoras expresan opiniones favorables del producto y de sus propiedades. Es de anotar que el hecho de que el actor no comparta o no considere que los atributos mencionados sean atractivos, no implica que no se estén exaltando cualidades o características del mismo, pues para algunos consumidores dichas características sí pueden resultar en un momento dado influyentes en su decisión de compra.

Por otra parte, en relación con la referencia hecha por el actor al Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, el Despacho considera que el mencionado código contiene un listado de parámetros de comportamiento éticos que enmarca la forma honesta y aceptada por la colectividad, acerca de la manera como las personas que realizan publicidad deben anunciar sus productos y servicios en el mercado. No obstante lo anterior, el Despacho considera que la pieza publicitaria cuestionada no contradice lo establecido en el artículo 22 del Código de Autorregulación, pues en el mensaje se encuentra plenamente identificado el producto anunciado, como se explicó anteriormente.

5.2.3. INEXISTENCIA DEL PRODUCTO ANUNCIADO EN EL MERCADO

Sostiene el solicitante, como uno de los hechos indicadores que el comercial cuestionado no tiene por objeto anunciar un producto, sino evitar la compra de otro, toda vez que el supuesto caldo de tres carnes anunciado no existe en el mercado. En tal sentido, sostiene

el actor que “[s]e revisaron los principales almacenes de las cadenas de supermercados y diferentes tiendas de barrio, con el fin de obtener y allegar a esta demanda un ejemplar del producto QUALA S.A. ... y no encontramos ningún ejemplar del mismo”. Para probar lo anterior, se aporta al expediente una declaración juramentada, rendida ante el Notario Sexto de Bogotá, en la que se afirma que habiendo llamado la declarante a la línea telefónica de atención al consumidor de QUALA, la persona que la atendió le informó “que el producto no está en el mercado, sin dar noticia ni fecha cierta de su lanzamiento”.

Así las cosas, el Despacho considera que se encuentra sumariamente comprobado que a la fecha de presentación de la solicitud de medidas cautelares, se había difundido el comercial de televisión objeto de este trámite y que para ese momento el producto anunciado no se encontraba en el mercado.

No obstante lo anterior, el hecho de que se haya difundido un comercial y que el producto no se encuentre en el mercado, no es un indicio suficiente que demuestre que el comercial no tenga por finalidad promover el bien anunciado, pues como es sabido, es común que los anunciantes realicen campañas de publicidad previas o anteriores al lanzamiento de un producto, con el objetivo de preparar su ingreso, crear expectativa y curiosidad en el consumidor, o generar en éste el deseo por adquirirlo cuando el producto sea lanzado. Esta estrategia de mercado resulta perfectamente válida, pues una de las principales finalidades de la publicidad, es crear una recordación hacia un producto o una marca, a fin de que cuando ésta se encuentre en el comercio, el consumidor recuerde el anuncio y se incline en su decisión de compra a favor del bien anunciado.

5.2.4. CAMPAÑA DE EXPECTATIVA

En la solicitud presentada, el actor reconoce la posibilidad de que se anuncien productos aún no existentes en el mercado (campañas de expectativa); sin embargo, considera que en este caso, el comercial cuestionado no es de expectativa, toda vez que según el actor, “[e]s característica y obligación de los comerciales de expectativa anunciarle al consumidor que en el evento en que el producto aún no se encuentre en el mercado, se incluya en los comerciales frases como “ya viene”, “espérenlo” “ya llega” “está en camino” “pronto”, pues es claro que a través de estas frases se le da al consumidor una información clara que el producto aún no se encuentra disponible para consumo.”

En adición a lo anterior, el solicitante señala que el comercial no es de expectativa si se tiene en cuenta el tiempo que ha durado la pauta al aire, la cual, en opinión del actor, supera la duración habitual que suele abarcar la etapa de expectativa, en las estrategias publicitarias que emplean la misma.

Frente a estos argumentos el Despacho considera lo siguiente:

5.2.4.1. Utilización de expresiones que anuncian el lanzamiento futuro de un producto.

Afirma el actor que es una característica y una obligación en las campañas de expectativa, utilizar expresiones que denoten que el producto anunciado aún no se encuentra en el mercado. El Despacho se encuentra en desacuerdo con esta afirmación.

Una de las características fundamentales de la publicidad, de la libertad de expresión comercial y de la libertad de empresa y competencia, consiste en que los anunciantes son libres de emplear su creatividad en el desarrollo de los mensajes publicitarios que desarrollen. En tal sentido, coartar la libertad de expresión, obligando a una persona a establecer un tipo de frases determinadas en un anuncio, resulta restrictivo de la libertad de expresión y de empresa, y a menos que lo anunciado afecte los derechos de los consumidores o resulte desleal, el anunciante tiene la posibilidad de difundir en sus anuncios los mensajes que considere que favorecen su oferta, esperando que éstos cumplan su propósito comercial y asumiendo el riesgo de que los mismos resulten siendo poco atractivos para el consumidor y que en tal sentido sean un fracaso comercial. Así las cosas, no existe en Colombia una norma jurídica o ética que obligue o que determine que en las campañas de expectativa se deban emplear frases iguales o similares a las citadas por el actor, como tampoco es una característica absoluta de las campañas de expectativa, que dichas frases sean siempre empleadas.

Ahora bien, en relación a la referencia que hace el solicitante a las normas sobre protección al consumidor que cita, el Despacho considera que las mismas no obligan a emplear las frases citadas en las campañas de expectativa y que tampoco se puede deducir de éstas, que ellas obliguen a determinar la existencia actual o futura del producto en el mercado.

Si bien es cierto que el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982 dispone que “[t]oda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente” y que en tal sentido prohíbe “*las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que ... induzcan o puedan inducir a error respecto de ... la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos*”, ésta última exigencia no se refiere a que se indique al consumidor cuántos productos se están ofreciendo actualmente o si los productos se ofrecerán en el futuro, como lo pretende interpretar el actor, sino que hace alusión a los casos en los que se ofrece una cantidad específica de un bien (como por ejemplo, botellas de un litro, 12 unidades por paquete, presentaciones de 300 gramos, etc.) y al compararse la pieza publicitaria con la realidad del producto, se encuentra que lo anunciado discrepa de ésta.

Por otra parte, la referencia hecha a la circular 11 de 2002 en su aparte de “*Información al consumidor y propaganda comercial*”, tampoco tiene el alcance que le pretende dar el solicitante, para establecer con base en dicha circular, una supuesta obligación de anunciar en la publicidad de un producto, si éste se encuentra o no disponible en el mercado.

La norma de la Circular 11 de 2002 citada por el actor, establece que para determinar si una pieza publicitaria es engañosa, se tendrán en cuenta entre otros, los siguientes elementos:

“Las indicaciones sobre las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, naturaleza, ejecución, composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado o idóneo, utilizaciones, cantidad, especificaciones, origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de

su utilización, o los resultados y las características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o los servicios”.

La norma arriba citada debe ser entendida bajo el contexto del engaño publicitario, en el que éste se produce, cuando el anunciante genera en la mente del receptor de un mensaje, una imagen distorsionada de la realidad. En este orden de ideas, la norma de la circular 11 busca que cuando los anunciantes hagan referencia en sus mensajes a características, elementos o atributo de los bienes o servicios que anuncian, tales características, elementos o atributos sean reales, pero no pretende en forma alguna obligar a los anunciantes a que en sus mensajes hagan referencia a cada una de las características citadas en la norma, pues por lo demás, no existiría un sólo comercial de televisión que pudiera contener tal cantidad de información y que además fuera creativo. Así las cosas, siendo la disponibilidad del producto, una característica objetiva que puede formar parte de la estrategia comercial de un anunciante, la norma lo que establece es que si el anunciante hace referencia a una disponibilidad determinada (por ejemplo, entrega inmediata o existen 110 unidades), tal afirmación sea cierta, pero en ninguna forma obliga a que el anunciante indique si el producto se encuentra o no disponible o en dónde puede ser adquirido.

Finalmente, en cuanto a la exigencia que se indiquen las restricciones, limitaciones, excepciones y condiciones adicionales para la adquisición del producto o servicio, la norma prevé que la omisión de éstas puede generar engaño en el consumidor, en los casos en que la adquisición del producto esté en alguna forma restringida, limitada o sujeta a condiciones adicionales y dichas restricciones no se anuncien, pero no tiene aplicación en los casos en los que no existe condicionamiento alguno para la adquisición del bien.

En consecuencia, no encuentra el Despacho que el comercial cuestionado resulte desleal por no informar la no existencia actual del producto en el mercado.

5.2.4.2. Duración de las campañas de expectativa.

Afirma el actor que el comercial cuestionado no corresponde a una campaña de expectativa, ya que el tiempo de duración del comercial al aire, ha sido demasiado extenso para poderlo calificar dentro de dicha categoría. En apoyo de su tesis, el actor aporta como pruebas unos conceptos técnicos rendidos por directivos de diferentes agencias de publicidad.

Analizando los conceptos arriba citados en su conjunto, el Despacho encuentra que éstos no brindan la certeza necesaria para arribar a la conclusión pretendida por el actor, toda vez que no son uniformes en establecer el tiempo que suele durar una campaña de expectativa. Así, mientras unos directivos sugieren la duración en términos de días (3, 5 o 10), para otros el término puede ser más largo, llegando algunos a considerar posible tres semanas. En tal sentido, las opiniones expresadas en cuanto a la duración de las campañas de expectativa no son constantes, lo cual no permite al Despacho tener por probado que en razón de la duración del comercial al aire, éste no sea de expectativa, más aún si se tienen en cuenta que varios de los directivos consultados, hacen referencia a que

la determinación de la duración de un comercial de expectativa al aire, es un asunto casuístico que está influido y varía dependiendo de las condiciones del mercado en el que participa el producto.

Por lo anterior, el Despacho discrepa del solicitante y en tal sentido considera que el material probatorio que obra en el expediente, no permite tener por comprobado que el comercial cuestionado no sea de expectativa.

5.2.5. CONCLUSIONES RESPECTO DE LA INTENCIÓN DEL COMERCIAL CUESTIONADO

Con base en lo expuesto y tras analizar los argumentos y pruebas aportadas al expediente por el actor, el Despacho concluye que no se encuentra comprobado que QUALA S.A. esté difundiendo un comercial de televisión, cuya finalidad no sea la de promover la adquisición de un producto, sino la de evitar directamente la compra de los bienes ofrecidos por el solicitante de la cautela, pues como se dijo, no existe prueba directa de tal hecho y los indicios en los que el actor estaría fundamentando el hecho, al ser apreciados con base en los criterios ordenados por los artículos 248 y 249 del CPC, no llevan al despacho a tener por probados los hechos indicadores que pretenden demostrar y por lo tanto no permiten concluir que el hecho indicado se encuentre comprobado.

Por el contrario, existen elementos para concluir preliminarmente, que contrario a lo afirmado por el actor, el comercial cuestionado sí tiene por objeto anunciar el producto Trisustancia.

La finalidad con la que un anunciante difunde piezas publicitarias, no se limita exclusivamente a generar ventas actuales para un producto, sino que por el contrario, es mucho más amplia. En tal sentido, la finalidad fundamental y que es común a cualquier pieza publicitaria, es la de generar en el receptor del mensaje una recordación hacia el producto anunciado, de tal forma que el consumidor potencial del bien, al realizar una decisión de compra, tenga dentro de sus opciones el producto anunciado y si es posible, lo adquiera. Así, una pieza publicitaria será comercialmente exitosa, si consigue generar recordación hacia el producto anunciado, y por el contrario, será comercialmente un fracaso, si no logra obtener ese resultado. Bajo esta perspectiva, es posible que un anunciante realice piezas publicitarias para un producto que no se encuentra actualmente en el mercado, preparando el camino para que cuando el mismo esté a disposición de los consumidores potenciales, éstos ya lo recuerden y lo tengan en su mente, de tal forma que sea una alternativa válida dentro de las diferentes opciones de compra.

En el presente caso, se tiene que QUALA S.A. ha difundido un comercial, en el que se anuncia un producto, resaltando la denominación del mismo y las características que considera que pueden hacer atractivo el producto para sus potenciales compradores. Esta actitud es común en el mercado y con excepción de la publicidad emotiva que realizan algunos anunciantes, en la que no resaltan características del producto, sino simplemente crean un vínculo afectivo con un bien, es conceptualmente igual a cualquier otra pieza publicitaria que resalta atributos del producto, incluyendo la publicidad que realiza DISA

para el caldo FRUCO TRIPLE SUSTANCIA. En tal sentido, al ser la pieza publicitaria conceptualmente igual a aquellas con las que los anunciantes suelen crear recordación hacia sus productos y a las características de los mismos, la conclusión lógica a la que se llega, es que el comercial cuestionado tiene tal finalidad, más aún si el anunciante ha destinado unos recursos importantes a conseguir una frecuencia y alcance orientada a vincular unos atributos particulares con un producto plenamente identificado que proyecta lanzar al mercado.

Es de anotar que la conclusión arriba expuesta acerca de la finalidad del comercial (anunciar un producto que será lanzado al mercado) no se desvirtúa con la declaración juramentada aportada por el actor al expediente, sino que por el contrario, se refuerza con ésta, toda vez que en la última frase de la misma se lee que la persona que atendió la llamada de la declarante, manifestó que el producto "por el momento no se encontraba en el mercado", lo cual denota que aún no está, pero que va a estar. Si a lo anterior se agrega que para que un alimento pueda ser anunciado en televisión se requiere la aprobación previa del comercial por parte del INVIMA y que para que tal aprobación sea otorgada es necesario que el alimento cuente con registro sanitario y que el INVIMA compare el comercial proyectado con el mismo, a fin de verificar que el comercial no contradiga el registro sanitario, se concluye que la solicitud y obtención de un registro sanitario es un indicio fuerte de que el productor y titular del registro tiene la intención de lanzar el producto y en tal sentido difunde publicidad para generar recordación hacia el producto que introducirá al mercado.

Por otra parte, el hecho de que el actor no esté de acuerdo con los atributos que QUALA considera que hacen atractivo el producto que anuncia, no implica que el comercial se esté refiriendo a los productos de los competidores, pues como se dijo, en el comercial se identifica plenamente el producto anunciado y las expresiones que en él se hacen, son atribuidas por las personas que las expresan en forma directa al producto anunciado. Adicionalmente, es de tener en cuenta que el comercial está dirigido a aquellas personas que buscan encontrar en el mercado un producto que le proporcione las características anunciadas, por lo cual no es válido descalificar el mismo, argumentando que las imágenes que se utilizan son de platos típicos del palacio del colesterol, pues pueden existir consumidores que deseen un producto como el anunciado, que proporcione grasa y sabor a grasa a los alimentos que se preparen, para que éstos sean típicos del palacio del colesterol. Así las cosas, no encuentra el Despacho que el comercial sea descalificable por enfatizar en su contenido de cerdo y en las características de dicho componente.

Finalmente, el hecho de que el cerdo tenga bondades nutritivas que no se resaltan en el comercial y que por el contrario, se destaquen características aparentemente contrarias a las expresadas por el actor, no implica que el comercial se esté refiriendo a un producto diferente al anunciado o que con él se busque desacreditar los productos como los del actor que contienen cerdo, pues se repite, nada impide que un anunciante resalte aquellas características que considera que hacen que su producto sea o pueda llegar a ser atractivo para el consumidor al cual dirige el anuncio.

Con base en todo lo expuesto, no encuentra el Despacho que con el material aportado al expediente esté comprobado que QUALA S.A. infringe con el comercial cuestionado el artículo 7º de la ley 256 de 1996, pues no obra en el expediente evidencia alguna que

indique que se trasgredió el principio de la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles, los usos honestos en materia industrial y comercial, o que se haya afectado deslealmente la libertad de decisión del comprador o consumidor o el funcionamiento concurrencial del mercado, pues por el contrario, los indicios existentes llevan a concluir que el comercial identifica plenamente al producto anunciado, siendo lícito y ético para quienes participan en el mercado, resaltar aquellas características de su producto, que consideran que generarán recordación hacia el mismo y que pueden resultar atributos atractivos en las decisiones de compra actuales o futuras de los consumidores a quienes dirigen sus mensajes.

En mérito de lo expuesto, esta Superintendencia

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer personería al doctor GUSTAVO TAMAYO ARANGO, identificado con cédula de ciudadanía número 79.152.549 y portador de la tarjeta profesional número 37172 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la sociedad Disa Ltda., en los términos y para los efectos del poder conferido.

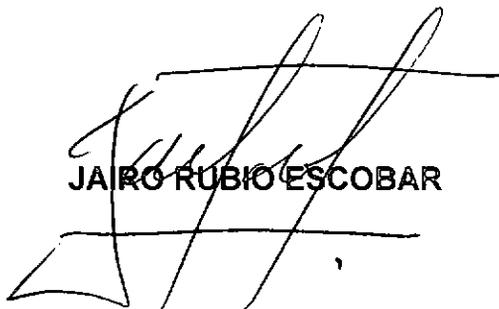
ARTÍCULO SEGUNDO Denegar la solicitud de medidas cautelares presentada por la sociedad Disa S.A. en contra de la sociedad Quala S.A. mediante escrito radicado 04065712, por las razones expresadas en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese la presente decisión personalmente o, en su defecto, por edicto, al doctor GUSTAVO TAMAYO ARANGO, apoderado de Disa Ltda., entregándole copia de la misma e informándole que contra la presente procede el recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los 19 JUL. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación

Doctor
GUSTAVO TAMAYO ARANGO
C.C. No. 79.152.549
T.P. No. 37172 del C.S. de la J.
Apoderado
Disa Ltda.
NIT. 890302758 - 1
Calle 72 No. 5 – 83 piso 5
Ciudad

JJK/JCAWBD