



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

Radicación: 02078304 **RESOLUCIÓN NÚMERO 16187 DE 2003**
 (18 JUN. 2003)

Por la cual se decretan unas medidas cautelares

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las consagradas por los artículos 143, 144 y 147 de la ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 31 de la ley 256 de 1996, el decreto 2153 de 1992, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante resolución 37430 del 26 de noviembre de 2002, el Superintendente de Industria y Comercio (e) ordenó a la Sociedad Chicle Adams S.A., como medidas cautelares solicitadas por las sociedades Confites Ecuatorianos C.A. Confiteca y Confitecol S.A., lo siguiente:

"PRIMERO: Ordenar a la sociedad Chicle Adams S.A. como medidas cautelares:

- ❖ *"Cesar de inmediato la fabricación, oferta, almacenamiento o comercialización en el mercado colombiano, directamente o por interpuesta persona, del producto chicle CLARKS, presentación pillow pack de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada.*
- ❖ *"Prohibir a Adams la fabricación, almacenamiento o utilización en el mercado colombiano, directamente o por interpuesta persona, del material de empaque, incluyendo etiquetas, material impreso o de publicidad del producto chicle CLARKS, presentación pillow pack de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada.*
- ❖ *"Prohibir a Adams llevar a cabo actividades de promoción, directamente o por interpuesta persona, dentro del territorio nacional, por cualquier medio visual, escrito o hablado, del producto chicle CLARKS, presentación pillow pack de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada.*
- ❖ *"Retirar de inmediato el material de promoción del producto chicle CLARKS, presentación pillow pack de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada, que se encuentra en las siguientes locaciones:*

<i>"Cali</i>	<i>Calle 62 No. 1 N – 80</i>
<i>"Pereira</i>	<i>Mercasa Bodegas No. 13</i>
<i>"Barranquilla</i>	<i>Calle 80 B No. 42 B – 126</i>
<i>"Bogotá</i>	<i>Carrera 77 B No. 41 – 15</i>

SEGUNDO: Que mediante comunicación de fecha 16 de abril de 2003, la apoderada de la sociedad Chicle Adams S.A. informó a esta Entidad que su representada había dado cumplimiento a la orden impartida mediante resolución número 37430 del 26 de noviembre de 2002.

TERCERO: Que mediante comunicación de fecha 6 de junio de 2003, el apoderado de las sociedades Confites Ecuatorianos C.A. Confiteca y Confitecol S.A. informa que la sociedad chicle Adams S.A. desató la

1

Por la cual se ordenan unas medidas cautelares

2

orden impartida, y solicita que se cumpla de inmediato con las medidas cautelares decretadas por este Despacho mediante resolución 37430 del 26 de noviembre de 2002.

La anterior petición la fundamenta de la siguiente forma:

"HECHOS

"1. Mis poderdantes solicitaron a ese despacho, en el mismo escrito de demanda radicado el 3 de septiembre de 2002, que decretara medidas cautelares, de conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la ley 256 de 1996; el artículo 245 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil. El propósito de las medidas cautelares, como quedó claramente expresado en el memorial de solicitud era 'evitar la violación de las normas que protegen la libre y leal competencia, y evitar que se causen perjuicios adicionales a la sociedad Confiteca y Confitecol'.

"2. Como requisito previo para el decreto y práctica de medidas cautelares, mis poderdantes otorgaron, en el término y las formalidades exigidas por la resolución 37430 una caución bancaria para responder por 'los perjuicios que pudieren causarse a la sociedad Adams en razón del decreto y práctica de las medidas cautelares que la Superintendencia de Industria y Comercio ordene dentro de la demanda por competencia desleal que cursa en ese despacho bajo expediente 02078304'.

"3. El Superintendente de Industria y Comercio, mediante Resolución 37430, consideró cumplidos los requisitos previstos en el artículo 31 de la ley 256 para el decreto de medidas cautelares. En otras palabras, el señor Superintendente, en los términos de la ley 256 de 1996, artículo 31, consideró que la comisión de actos de competencia desleal por parte de Adams era inminente, razón por la cual decretó la práctica de las mismas 'dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución' (se refiere a la resolución 37430) con el fin de 'impedir la comisión de una infracción, evitar sus consecuencias', como lo expresa el artículo 250 de la Decisión 486 al determinar cuál es la finalidad de las medidas cautelares.

"4. Teniendo en cuenta la naturaleza y finalidades de las medidas cautelares, era preciso, para que las mismas logaran su finalidad (como lo ordena el principio de eficacia consagrado en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo) que la Superintendencia diera impulso de oficio al procedimiento de notificación. Sin embargo, la Superintendencia omitió impulsar la notificación, en contravención del principio de celeridad y del principio de eficacia de conformidad con el cual los procedimientos deben lograr su finalidad, principios consagrados en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

"En efecto, durante el lapso de tres meses y medio, entre el 26 de noviembre de 2002 (fecha del despacho comisorio número 6285, con destino al Alcalde Municipal de Cali, Valle del Cauca) y el 12 de marzo de 2003 (fecha en la que la Alcaldía de Cali envió al domicilio de Adams el aviso de notificación a que se refiere el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo) la Superintendencia no llevó a cabo actuación alguna tendiente a dar impulso al proceso de notificación de la Resolución 37430 a Adams. Mientras tanto, Adams continuó sus actos desleales.

"Finalmente la Resolución 37430 fue notificada por edicto, que se fijó en la Alcaldía de Cali, entre el 20 de marzo de 2003 y el 3 de abril de 2003. Por lo tanto, quedó ejecutoriada el 10 de abril de 2003. Así mismo, las medidas cautelares debían practicarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la Resolución; es decir, a más tardar el 21 de abril de 2003.

"Lo anterior es sin perjuicio de la petición de notificación por conducta concluyente que radicamos el 30 de mayo de 2003.

Por la cual se ordenan unas medidas cautelares

3

"5. Durante los diez (10) días previstos en la Resolución 37430, Adams no llevó a cabo actividad alguna para cumplir con las medidas cautelares respecto del producto chicle CLARKS presentación pillow pack de dos (2) pastillas, el cual se encuentra todavía en el mercado. Esto constituye un evidente desacato a la orden impartida en su despacho en su Resolución 37430.

"6. Adicionalmente, durante el lapso de tres meses y medio (3 ½ meses) transcurridos entre la fecha en que la Superintendencia de Industria y Comercio emitió la Resolución 37430 (noviembre 26 de 2002) y la fecha en que se surtió la notificación de esa providencia (abril 3 de 2003), Adams llevó a cabo una serie de actuaciones tendientes a evadir el cumplimiento de las medidas decretadas, para continuar, al mismo tiempo, con su estrategia desleal, contra Confiteca y Confitecol.

"Lo anterior se explica a continuación:

"(i) Adams modificó algunas características del empaque de chicle CLARKS presentación pillow pack de dos (2) pastillas. El anexo 1 muestra el diseño del empaque de CLARKS que estaba en el mercado cuando se presentó la demanda y el empaque actual de chicle CLARKS. En este anexo se percibe que las modificaciones hechas por Adams son modificaciones insignificantes y que, frente al empaque de TUMIX, el 'nuevo' empaque de CLARKS sigue siendo confundible.

"(ii) Adams afirma que destruyó, en diciembre de 2002, las existencias de producto chicle CLARKS con el empaque que estaba en el mercado en la fecha en que mis poderdantes presentaron la demanda con el fin de cumplir con las medidas cautelares decretadas por Resolución 37430 (que fueron notificadas formalmente en abril de 2003). Así lo expresa la doctora Adriana López Martínez, apoderada de Adams, en el memorial de contestación de la demanda al expresar que 'dicha destrucción se llevó a cabo en cumplimiento de una orden de dicha entidad (...)'.
1

"(iii) Adams continuó llevando a cabo los actos que dieron origen a la demanda instaurada por Confiteca y Confitecol. La única diferencia es que el empaque de chicle CLARKS fue alterada en alguna de sus características, pero sigue siendo confundible con el empaque de chicle TUMIX.

"7. El 16 de abril de 2003, la doctora Adriana López, apoderada de Adams, presentó a ese despacho un memorial mediante el cual afirma: 'doy cumplimiento a los (sic) resuelto por esa entidad mediante la Resolución número 37430 de fecha 26 de noviembre de 2002.' A continuación, la doctora López pasa a 'fundamentar la forma en que se ha dado cumplimiento a cada uno de los puntos contenidos en el numeral primero de la parte resolutive de la Resolución 37430.'

"8. Todos los documentos que la doctora López presenta como 'fundamento' de la forma en que según ella, Adams cumplió con las medidas cautelares decretadas por la Resolución 37430, indican que Adams había 'cumplido' desde diciembre de 2002 con las medidas cautelares que le fueron notificadas el 3 de abril de 2003. No obstante, nada dice la doctora López de los actos que Adams siguió desarrollando en el mercado para frenar, de manera deshonesta, la consolidación de Confiteca con su producto chicle TUMIX, en claro desacato de la Resolución 37430.

"9. Las medidas cautelares decretadas por Resolución 37430 no fueron eficaces; es decir, en los términos del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, estas medidas cautelares no han sido aptas para evitar las consecuencias de los actos desleales de Adams, los que se siguen produciendo aún después de las actuaciones de Adams mencionadas en el memorial radicado el 16 de abril de 2003 por su apoderada.

"Esto se confirma por el requerimiento enviado por el doctor Guillermo Sossa González, Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia a la doctora Adriana López Martínez, apoderada de Adams, en el que solicita:

Por la cual se ordenan unas medidas cautelares

4

"rendir explicaciones sobre el o los motivos de la omisión de cumplimiento a tal orden administrativa, teniendo en cuenta que la Resolución en comento fue notificada el 3 de abril..."

"Lo anterior, unido al hecho de que el objeto de la demanda instaurada por mis poderdantes son los actos desleales de Adams, y NO el empaque en particular que el producto chicle CLARKS tenía en la fecha en que se presentó la demanda, es necesario que esa entidad ratifique la orden que dio a Adams para que ésta cumpla las medidas cautelares decretadas en relación con el producto chicle CLARKS, presentación pillow pack que está en el mercado. Aceptar la tesis contraria, sería otorgar a Adams patente de corso para seguir burlando las órdenes de esa entidad y continuar desarrollando sus estrategias desleales en el mercado.

"10. La omisión de la Superintendencia de dar impulso a las medidas cautelares, así como el desacato flagrante de Adams a las mismas, ha agravado el daño sufrido por mis poderdantes desde la presentación de la demanda. En efecto, Confiteca y Confitecol se han visto obligadas a incrementar sus gastos de publicidad y sus actividades de mercadeo para contrarrestar las actuaciones desleales de Adams. Así mismo, la tendencia de crecimiento de participación en el mercado de chicle TUMIX se ha visto frenado por los actos desleales de Adams.

"11. La identidad sustancial entre el diseño del empaque pillow pack de chicle TUMIX y el diseño del empaque actual de pillow pack de chicle CLARKS es evidente así como la posibilidad de confusión entre los dos productos. Son prueba de lo anterior las siguientes:

"(i) Prueba de que el diseño del empaque de la presentación pillow pack de chicle CLARKS es sustancialmente similar al diseño del empaque de la presentación pillow pack de chicle TUMIX. El anexo 1 contiene una muestra del empaque pillow pack actual de chicle CLARKS y del empaque pillow pack de chicle TUMIX.

"(ii) Prueba de la posibilidad de confusión entre los productos chicle TUMIX y chicle CLARKS en su presentación pillow pack. El anexo 2 – Presentación de los Productos Mezclados, muestra la evidente posibilidad de confusión entre los productos chicle CLARKS y chicle TUMIX en su presentación pillow pack.

"El anexo 3 – Fotografías / Exhibición de Productos – Locación Puntos de Venta, muestran la forma en que los productos chicle TUMIX y chicle CLARKS se siguen exhibiendo en los puntos de venta, y la manera como esa forma de exhibición genera posibilidad de confusión.

"Así mismo, el informe realizado por la firma Napoleón Franco, presentada por la demandante (sic) a ese despacho con su escrito de contestación a la demanda, reconoce que, cuando el producto TUMIX se exhibe mezclado, en el 97% de las ocasiones se mezcla con CLARKS.

"(iii) Prueba de que Adams ha concentrado sus esfuerzos de comercialización de chicle CLARKS en las mismas regiones en que Confiteca y Confitecol han enfocado la comercialización de chicle TUMIX y por los mismos canales de distribución: Además de las pruebas aportadas por la demanda, la denunciada aceptó este hecho como cierto en su memorial de contestación de la demanda.

"(iv) Prueba de que Adams lanzó su producto chicle CLARKS en aquellas ciudades en que Confiteca ha incrementado su participación en el mercado con chicle TUMIX. Además de las pruebas aportadas con la demanda, la denunciada aceptó este hecho como cierto en su memorial de contestación de la demanda.

Por la cual se ordenan unas medidas cautelares

5

"De acuerdo con lo anterior, desde el 3 de septiembre de 2002, fecha en que mis poderdantes presentaron su demanda contra Adams, los productos (chicle TUMIX y chicle CLARKS) han permanecido en el mercado con empaques confundiblemente similares, en la misma presentación pillow pack, en los mismos mercados, de manera que existe una evidente posibilidad de confusión. Con el agravante de que Adams (i) descató flagrantemente la Resolución 37430 y (ii) ha tenido cuatro (4) meses para hacer leves cambios en su estrategia (como hacer modificaciones insustanciales al empaque de CLARKS) que le permitieron evadir el cumplimiento de las medidas cautelares dictadas por esa Superintendencia por Resolución 37430.

"Todo esto permite presumir razonablemente que Adams, sociedad que tiene una participación preponderante del mercado, está incurriendo en prácticas de competencia desleal contra Confiteca, y que tiene intención de continuar esas prácticas, en perjuicio de mis poderdantes, y a costa de sacrificar los principios que rigen la libre y leal competencia.

"(...)"

CUARTO: Que de las pruebas allegadas en el escrito del apoderado de Confiteca y Confitecol, se puede ver que el nuevo producto de Adams, chicle CLARKS *pillow pack* de 2 pastillas, sigue siendo confundible con el producto de las sociedades Confiteca y Confitecol, chicle TUMIX *pillow pack* de 2 pastillas. Esto, por cuanto el nuevo empaque de chicle CLARKS *pillow pack* de 2 pastillas sigue conservando el mismo fondo amarillo, y solamente varió el recuadro azul de letras blancas, que pasó a ser recuadro blanco con letras azules, sin que este cambio haya sido suficiente para diferenciar claramente los dos productos.

QUINTO: Que la Resolución 37430 del 26 de noviembre de 2002 consideró cumplidos los requisitos previstos en el artículo 31 de la ley 256 de 1996 para el decreto de las medidas cautelares adoptadas en ese momento, situación que no ha variado con la nueva presentación del producto chicle CLARKS, por cuanto sigue siendo inminente el peligro de confusión del consumidor, como lo reflejan las pruebas aportadas por el apoderado de las sociedades Confiteca y Confitecol.

SEXTO: Que las sociedades Confiteca y Confitecol prestaron el día 18 de octubre de 2002 la garantía bancaria número 01805902 expedida por el Banco de Bogotá, a favor de Chicle Adams S.A., por la suma mil millones de pesos (\$1 000 000 000), con el fin de cubrir "los perjuicios que pudieren causarse a la sociedad Chicle Adams S.A. en razón del decreto y práctica de las medidas cautelares que la Superintendencia de Industria y Comercio ordene dentro de la demanda por competencia desleal que cursa en ese despacho bajo expediente 020078304".

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar a la sociedad Chicle Adams, como medidas cautelares:

- ❖ Cesar de inmediato la fabricación, oferta, almacenamiento o comercialización en el mercado colombiano, directamente o por interpuesta persona, del producto chicle CLARKS, presentación *pillow pack* de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules con la marca indicada, o con cualquier otra presentación que pueda representar un riesgo de confusión con el producto chicle TUMIX *pillow pack* de 2 pastillas que comercializa las sociedades Confites Ecuatorianos C.A. Confiteca y Confitecol S.A.

Por la cual se ordenan unas medidas cautelares

6

- ❖ Prohibir a Adams la fabricación, almacenamiento o utilización en el mercado colombiano, directamente o por interpuesta persona, del material de empaque, incluyendo etiquetas, material impreso o de publicidad del producto chicle CLARKS, presentación pillow pack de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules con la marca indicada, o con cualquier otra presentación que pueda representar un riesgo de confusión con el producto chicle TUMIX pillow pack de 2 pastillas que comercializa las sociedades Confites Ecuatorianos C.A. Confiteca y Confitecol S.A.
- ❖ Prohibir a Adams llevar a cabo actividades de promoción, directamente o por interpuesta persona, dentro del territorio nacional, por cualquier medio visual, escrito o hablado, del producto chicle CLARKS, presentación pillow pack de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules con la marca indicada, o con cualquier otra presentación que pueda representar un riesgo de confusión con el producto chicle TUMIX pillow pack de 2 pastillas que comercializa las sociedades Confites Ecuatorianos C.A. Confiteca y Confitecol S.A.
- ❖ Retirar de inmediato el material de promoción del producto chicle CLARKS, presentación pillow pack de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules con la marca indicada, o con cualquier otra presentación que pueda representar un riesgo de confusión con el producto chicle TUMIX pillow pack de 2 pastillas que comercializa las sociedades Confites Ecuatorianos C.A. Confiteca y Confitecol S.A., de cualquier bodega, almacén o depósito donde se encuentre el producto.

La anterior medida deberá ser cumplida dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución.

Debe allegarse a este Despacho un informe de las actividades realizadas a más tardar al día siguiente del cumplimiento del plazo anterior.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al Doctor Carlos Umaña Trujillo, apoderado especial de Confites Ecuatorianos C.A. Confiteca y Confitecol S.A. y a la doctora Adriana López Martínez, apoderada de la sociedad Chicle Adams S.A., entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición, interpuesto al momento de la notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, en el entendido que no suspende el cumplimiento de la medida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los 7 JUN. 2003

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Por la cual se ordenan unas medidas cautelares

7

Notificación:

Doctor

Carlos Umaña Trujillo

C.C.No. 19.392.959 de Bogotá

Apoderado

Confites Ecuatorianos C.A. Confiteca

Confitecol S.A. Nit: 800.195.190

Calle 70 No. 4 - 60.

Ciudad.

Notificación:

Doctora:

Adriana López Martínez

C.C. No. 52.051.679 de Bogotá.

Apoderada

Chicle Adams S.A. NIT No. 890.300.686

Calle 72 No. 5 – 83 piso 5

Ciudad.

AGL/mvf