



No. 304
303.
437

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 2405 DE 2000

(10 FEB 2000)

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas en el artículo 50 de el código contencioso administrativo y en el numeral 24 del artículo 4 el decreto 2153 de 1992,
y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante comunicación radicada bajo el número 98058363-31 del 29 de noviembre de 1999, Eduardo Velásquez Briceño, apoderado de Stuart Adler interpuso recurso de reposición contra la decisión contenida en la resolución 21744 del 20 de octubre de 1999. El recurso tiene como objeto que se revoque la mencionada providencia fundamentándose de la siguiente manera, una vez transcrita la resolución impugnada:

"PETICION DE REVOCATORIA DE LA RESOLUCION

Manifiesto a su despacho que respeto sus apreciaciones pero disiento en un todo de ellas, y como consecuencia de ello solicito a su Despacho **REVOCAR EN SU TOTALIDAD** la resolución N° 21744 de fecha 20 de octubre de 1999, la cual me fuera notificada mediante anotación de Edicto N° 12296 fijado el día 8 de noviembre de 1999 y desfijado el día 22 de Noviembre de 1999, por medio de la cual **"SE IMPONE UNA SANCIÓN Y SE ORDENA LA TERMINACIÓN DE UNA CONDUCTA"**.

CAPITULO III.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Sustento fáctica y jurídicamente nuestra impugnación así:

En el desarrollo del proceso investigación adelantado por esa Entidad una serie de contradicciones, tanto en la parte inicial como en la conclusión del proceso que permiten pensar sobre la mala interpretación del funcionario que adelantó la misma, la cual se encuentra centrada de una u otra manera para determinar si la conducta del señor ADLER es o no tipificación de un Acto que configura la Competencia Desleal descrita en el artículo 13 de la Ley 256 de 1996.

Tal incongruencia ha sido ratificada en forma palmaria por el funcionamiento que firma la Resolución que se ataca con éste escrito, ya que se observa claramente que no se tuvo ni siquiera el más mínimo juicio objetivo para determinar qué es el Acto de Competencia Desleal que se endilga del señor ADLER, pero si se apresura a concluir que tal, es un Acto de Competencia Desleal.

No se analizaron los varios Artículos de prensa, aportados recientemente en defensa y como comprobación de la verdad publicada en el Aviso de prensa que se controvierte y que originó a la postre una sanción injusta e improcedente por carecer de verdadero juicio de valor.

Por la cual se resuelve un recurso

Para iniciar una impugnación objetiva y luego de éste preámbulo debemos orientar en un orden claro y de acuerdo a la consecuencia y realización misma de los hechos tanto los adelantados por el señor ADLER, como los adelantados por la Entidad, y estos son los principales que atacaremos.

1. SOBRE LAS FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Para nadie es ajeno que tales facultades son las precisas y las que le corresponden de acuerdo a la Normatividad existente y vigente en nuestro País, a pesar de facultarse en igual sentido a los Jueces Especializados en Comercio, o los Jueces Civiles del Circuito; confirmado por Auto del 21 de marzo de 1997, proferido por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (factores para determinar el Juez competente para conocer de las acciones por actos desleales en el mercado), por tanto no se deberán impugnar, porque además la Ley 446 de 1998 expedida el día 7 de Julio de 1998 "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la Justicia", en su título IV De la Superintendencia de Industria y Comercio Capítulo I Sobre Competencia Desleal, artículos 143 y 144 así lo disponen.

2. COMPETENCIA DESLEAL POR ACTOS DE COMPARACIÓN

▪ LA NORMA

La Norma que se esgrime como fundamento del Acto de Competencia Desleal dispone:

Art. 13 Ley 256 de 1996: ACTOS DE COMPARACIÓN. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta Ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.

Es oportuno indicar que el punto a aplicar en nuestro caso, no es propiamente el contexto general del artículo citado, puesto que el mismo es muy amplio, sino que por el contrario hay que limitarlo a su aparte final "Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables", permitiendo de esta manera ser concretos y objetivos tanto en el estudio como en la decisión.

Es obvio que del aviso se pueden deducir una serie de interpretaciones permitidas por la norma y que por ello sea difícil adecuar la conducta del Dr. Adler, dejando en forma apresurada cualquier decisión.

El aviso no compara "Públicamente la Actividad" de compañía PFIZER, ya que en ningún momento se coloca en el aviso el Objeto Social de la empresa citada, menos aún se indica siquiera que el producto comparado es de tal empresa; tampoco se comparan "las prestaciones mercantiles" de la empresa PFIZER, por cuanto en tal publicación no se coloca en entredicho las mismas y menos se acude a las mismas para efectuar la presunta comparación con las actividades o prestaciones mercantiles del señor STUART ADLER; y, tampoco se compara "El establecimiento propios o ajemos con los de un tercero ", por cuanto no se indica ni se cita el establecimiento de nuestro representado frente al de la compañía Pfizer, para lo cual debe entenderse como "establecimiento" aquella locación abierta al público con fines comerciales.

Por la cual se resuelve un recurso

Así las cosas y por carácter residual, "no hay comparación que utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omite las verdaderas"; y si en el evento más remoto pudiera interpretarse que la conducta del Dr. Adler al ordenar publicar un aviso de características ya conocidas, debe entonces entenderse que no hay Acto de Competencia Desleal fundamentada en las argumentaciones que su Despacho ni siquiera se atrevió a controvertir, aceptando de manera la atipicidad de la conducta.

Y con el fin de precisar el texto de la norma comentada, quedaría para el análisis del Acto descrito "... Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comparables".

Para ello debemos determinar el significado de los términos EXTREMOS, ANÁLOGOS y COMPARABLES contenidos en la norma que analizamos, puesto que tales términos son los calificativos que tipifican la conducta.

Acudimos entonces al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española así:

EXTREMO: (del Latín extremus) adjetivo. Último - Aplicase lo más intenso, elevado o activo de cualquiera cosa. Frio. Calor extremo.

ANALOGO: Que tiene analogía con otra cosa. **ANALOGIA:** Relación de semejanza entre cosas distintas.

COMPARABLES: (del Latín compara bilis) Adjetivo que puede o merece compararse con otra persona o cosa.

Ahora debemos preguntarnos: - El producto de PFIZER se puede comparar con el producto de STUART ADLER ??? La respuesta es Sí Por que se encuentra en el mercado y su finalidad es la de ser adquirida por el consumidor.

El producto de PFIZER es análogo al producto de STUART ADLER ??? La respuesta es Sí. De acuerdo al significado encontramos que hay una semejanza entre el producto VIAGRA y el aparato comercializado por nuestro representado por cuanto tales se utilizan para el tratamiento de las DISFUNCIÓN ERECTIL EN EL HOMBRE, que son cosas o elementos distintos, sí, pero desde el punto de vista físico o de presentación. El producto VIAGRA es un medicamento presentado en forma de TABLETA utilizada para el tratamiento de la Disfunción Eréctil en el Hombre, y el APARATO que comercializa Dr. ADLER es un producto presentado con tal, como un aparato para ser usado en el tratamiento de la Disfunción Eréctil en el Hombre. Concluyendo de manera objetiva que los productos son conflicto:

- SON SEMEJANTES. SE UTILIZAN PARA EL TRATAMIENTO DE LA DISFUNCIÓN ERECTIL EN EL HOMBRE.
- SON DISTINTOS EN SU ASPECTO FÍSICO O DE PRESENTACION.
- SON EXTREMOS. EL UNO SE UTILIZA PARA SER CONSUMIDO (INTERNAMENTE), MIENTRAS QUE EL OTRO SE UTILIZA EXTERNAMENTE.

Concluimos entonces que la conducta desplegada por el Dr. STUART ADLER no se adecua como un ACTO de Competencia Desleal y por tanto no es aplicable la Ley 256 de 1996 en concreto el artículo 13, como lo expone su Despacho.

- **ADECUACION DE LOS HECHOS**

Por la cual se resuelve un recurso

No se puede adecuar LA CONDUCTA del Dr. Stuart a la norma del artículo 13 de la Ley 256 de 1996, por cuanto ella no cumple los requisitos y menos aún se cumple la Cláusula General consagrada en el Artículo 2º de la Ley 256 de 1996, que establece:

"Todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial y comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial de mercado."

De este modo el acto se puede calificar de desleal cuando sea contrario a al probidad comercial (sanas costumbres mercantiles, buena fe comercial usos honestos industriales y comerciales), o cuando esté encaminado a afectar a afecte la libertad de decisión del consumidor, o en general cuando afecte el normal funcionamiento con concurrencial del mercado.

Situaciones que no se adecuan al asunto que nos ocupa, por cuanto el aviso publicado no es más que una forma honesta y acorde a la normatividad para informar sobre otra opción del consumidor para el tratamiento de la Disfunción Eréctil en el Hombre.

En cuanto a los requisitos que su despacho dice, se cumplen, no es cierto por cuanto tales requisitos según la Doctrina y la misma Ley 256 de 1996, son:

Que sea Desleal, que se califique objetivamente, que sea institucional, de peligro y de mercado, de acuerdo a los mismos requisitos contemplados en varias Legislaciones Europeas.

QUE SEA DESLEAL: La precisión de las palabras utilizadas para denominar un acto como desleal, ha sido muy discutida. La palabra desleal encierra un concepto más moral que jurídico, con ella se hace referencia a la mala fe, a conductas impregnadas de deslealtad o maquinaciones o premeditaciones fraudulentas tendientes a producir un resultado nocivo, y nuestro representado en ningún momento actuó de tal manera y prueba de ello es que la parte denunciante solicitó a la Entidad la Investigación de la misma, ya que ni ella misma estaba segura que tal conducta coincidía o no con un acto de Competencia Desleal.

QUE SE CALIFIQUE OBJETIVAMENTE: Es decir que se verifique simplemente que el acto se ha llevado a cabo con fines concurrenciales, es decir con la finalidad de promover o asegurar la expansión en el mercado de prestaciones propias o ajenas, no es necesaria siquiera otra condición.

QUE SEA INSTITUCIONAL: Que atenta contra la Institución Jurídica de la libre competencia inherente a la economía social de mercado implantada por la constitución del 91. La libre Competencia en este contexto está llamada a cumplir fundamentalmente un papel social, por lo cual no se la puede seguir concibiendo como mero instrumento para el logro exclusivo de los intereses individuales de los empresarios o comerciantes competidores, que por mantener una infraestructura a la de su competencia pretenden desplazar a esa minoría, respaldados muchas veces por Entidades Estatales.

En Colombia no es menos cierto que una Sociedad como PFIZER S.A., mantenga en el mercado un sin número de productos que se comercializan acordes con la Libre Competencia, pero su Despacho no puede respaldar una situación parecida frente a la comercialización de productos similares en cuanto a su finalidad, como en nuestro caso; puesto que es cierto que el producto VIAGRA comercializado por PFIZER S.A. es muy novedoso en nuestro País, mientras que el APARATO que comercializa nuestro representado

Por la cual se resuelve un recurso

es más antiguo en nuestro representado es más antiguo en nuestro País frente al producto en comento.

- En cuanto con la Comparación de actividades y productos propios con los de un tercero referida por su Despacho, es parcializada ya que se limita hacer una serie de deducciones nada reales, por cuanto las muestra a favor del otro producto pretendiendo de ésta manera hacer perjudicar a quien ordenó la publicación del aviso, de manera tal que así, daría la razón para adecuar el hecho a la norma.
- Utiliza las expresiones más significativas - según su criterio- para mostrar una situación que de esa forma adecua un acto de Competencia Desleal sin un mayor estudio, no debe ser esta la posición que deba tomar el examinador ya que debe caracterizarse por su IMPARCIALIDAD, ya que su investidura no puede generar decisiones arbitrarias y favorables a la contraparte, debe ser además objetiva, juiciosa y adecuada.
- El examinador fracciona el aviso y lo acomoda como si fuese un rompecabezas con varias figuras posibles de armar, y no es que se AFIRME una situación, como lo muestra su Despacho, es que la deduce y ello es diferente a la razón real y concreta del aviso publicitario.
- En cuanto al uso de la partícula disyuntiva "o" utilizada y mal interpretada por el señor examinador, debemos recordarle que una partícula disyuntiva es aquella que permite elegir de algo general algo particular con exclusión de los residuos, es decir que aplicado al aviso se utiliza el público general pero se hace elección por un grupo pequeño de esa población. Obsérvese que la "o", no es cualquier "o" como vocal, no ella se utiliza como DISYUNCIÓN entre dos elementos el que aparece prohibido para todo el público general y el que aparece permitido para todo el público general.
- Las tabletas de viagra Si son costosas y ello es cierto y real (dos tabletas que se venden en una caja valen cerca de \$30.000=, es decir cada tableta a \$15.000= aproximadamente y un tratamiento de Disfunción Eréctil en el Hombre no se trata con esas dos tabletas únicamente, ello es progresivo y según los médicos debe tratarse un paciente con este problema por lo menos durante seis (6) meses, y de acuerdo a ese tratamiento multiplíquese la cantidad de tabletas por el valor actual de ellas en el mercado, inclusive con la reducción que ordenó el Gobierno últimamente, siguen siendo costosas)
- En lo relacionado con la afirmación de su Despacho "La comparación fue pública", es obvio que el aviso publicitario es público y el mismo llega a por lo menos una persona, o cómo se explica que una periódico no llegue a la población para la que fue editado???, es una posición que ni siquiera merece ser tenida en cuenta, por cuanto del AVISO publicitado se deduce que fue público y no vale reiteración alguna para comprobar que fue público.
- En lo relacionado con las "indicaciones incorrectas" que refiere su Despacho, no son ciertas, ya que como bien se demostró en nuestro escrito de Alegatos, las mismas son exactas y correctas para el producto viagra. Más si su despacho se detiene en deducir de las Resoluciones expedidas por el Invima para Otorgar un Registro Sanitario al producto viagra, deben ser en todo imparciales, ya que las indicaciones o recomendaciones dadas por la autoridad Sanitaria son a la letra "CONTRAINDICACIONES Y ADVERTENCIAS: *Está contraindicado en pacientes con hipersensibilidad conocida a cualquiera de sus componentes, pacientes con predisposición a retinopatía pigmentosa. No administrar concomitantemente con nitratos. Administrar con cautela a pacientes con trastornos de coagulación, úlceras*

Por la cual se resuelve un recurso

pépticas activas o enfermedad ocular hereditaria. Y además, "NOTA DE FARMACOVIGILANCIA: Deben presentar informes periodicos de farmacovigilancia cada 6 meses durante el primer año y luego anualmente. La información debe corresponder a los Rams halladas a nivel Nacional e Internacional", finalmente ordena "OBSERVACIONES: Estas últimas deben aparecer en las etiquetas y empaques más la fecha de vencimiento", es decir que no sólo para los pacientes CON HIPERSENSIBILIDAD A SUS COMPONENTES Y A PACIENTES CON PREDISPOSICION A RETINOPATIA PIGMENTOSA, como lo resalta su Despacho, sino que además para los otros pacientes indicados en las resoluciones, que no son otros que los Diabéticos, Hipertensos y Cardiacos, entonces cuáles INDICACIONES INCORRECTAS???

- En lo referente a las "Indicaciones Falsas" citada por su Despacho en la Resolución impugnada, su Despacho cae nuevamente en mala interpretación de las expresiones aparecidas en el aviso, más cuando cita la expresión "Pastas Peligrosas", ya que tal expresión según su significado- además indicado por su despacho - es QUE CAUSA o PUEDE CAUSAR DAÑO, es decir que tal situación es cierta, ya que en la realidad el viagra puede causar daño si es mal suministrada o causa daño si se exagera su consumo, es una situación potencial que sucede de una u otra forma y no es por tanto una indicación falsa, es tal vez una indicación que pretende alertar al consumidor, que le llama la atención para que al momento de acceder a tal producto reflexione sobre si debe o no consumirlo, a pesar de estar indicado para su tratamiento.
- Su Despacho acierta al decir que el producto VIAGRA. "para todo tipo de personas la adquisición del producto requiera la venta bajo formula médica" pero esa situación quién la vigila ???, nadie; ya que como se puede demostrar el producto se está vendiendo sin tener en cuenta esa OBLIGACIÓN (ya citamos en nuestros Alegatos el hecho de que una persona enviada por nosotros adquirió en una farmacia reconocida y sería una caja del producto viagra, y esa persona no se le exigió siquiera la más mínima receta médica) por tanto no es al "médico en particular" a quién le corresponde "... la peligrosidad del producto viagra ..." como lo indica su Despacho, es a las Entidades de vigilar y supervisar tal comercialización.
- Si es peligrosa para todo el mundo, o le preguntamos a usted señor examinador si: Tomaría una tableta de viagra sin conocer su metabolismo orgánico, su situación de riesgo frente a los componentes del producto??? O sencillamente sin una receta médica???
- En lo referente a los documentos aportados, sobre los varios artículos de prensa, sobre los conceptos médicos inclusive de la misma empresa PFIZER, sobre el consumo del producto viagra, sus Efectos secundarios adversos, sobre los resultados en pacientes sin antecedentes cardiacos, sin antecedentes diabéticos y sin historias clínicas de Hipertensión, y más aún sobre los resultados en pacientes que consumieron el producto sin prescripción médica, tales artículos no pretenden desvirtuar lo indicado por el INVIMA, como mal lo hace ver su despacho; no, ellos **pretenden por el contrario demostrar que el producto viagra es peligroso si no se mantienen las recomendaciones dadas por el Invima en las Resoluciones de Registro Sanitario**, y como reiteración a que las indicaciones presentadas en el aviso publicitario NO SON FALSAS ni INCORRECTAS, permitiendo una vez más demostrar que la conducta desplegada por el Doctor STUART ADLER al ordenar el aviso publicitario NO ES UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL adecuado al artículo 13 de la Ley 256 de 1996 y/o a ninguno otro dispuesto en tal Normatividad o en normas similares que traten la materia, es por el contrario un acto de COMPETENCIA DESLEAL acorde con la Libre Competencia divulgada y defendida por la Constitución Colombiana del 91.

Por la cual se resuelve un recurso

- En lo que cita su Despacho al decir de la "Información Faltante", para el caso que nos ocupa, también hay imprecisión por parte del examinador, puesto que cita unas expresiones que aparecen en los indentados del punto 3.4 y 4.4 de nuestro escrito de alegatos en forma incompleta, permitiendo que de ellas se deduzca algo que no es cierto, ya que nuestro sentir es completo y no a medias, en esa forma cambia radicalmente nuestro dicho, por ello es necesario que se lea la expresión en forma completa y se deduzca su espíritu, más no en forma acomodada y parcializando la decisión;

"... 3.4 Los efectos secundarios producidos por la utilización del APARATO que importa nuestro representado no existen, no los hay, no aparecen en un futuro, mientras que por el consumo del producto VIAGRA si existen - han sido comprobados científicamente - , si aparecen- igualmente comprobados científicamente - y pueden aparecer en un futuro, como por ejemplo, cuando un paciente consume VIAGRA para obtener una relación sexual deseada y posteriormente sin dejar transcurrir por lo menos 24 horas luego de su gestión (tiempo sugerido como mínimo para que los componentes del producto se disuelvan en el organismo o se asimilen completamente), consume cualquier medicamento que contenga la más mínima dosis de nitrato; sus efectos son secundarios y aparecen obviamente. Los efectos ..."

"... 4.4 El paciente que no esté siendo tratado y vigilado por un médico, consuma UNA sola de las tabletas de VIAGRA y desconozca sus contraindicaciones, está o no jugando con su vida ???, la respuesta es Si, por cuanto hay científicos, hay resultados concretos y conocidos por todo el mundo en los que muchos seres humanos que han consumido el producto VIAGRA sin conocer sus antecedentes médicos, han fallecido a consecuencia de su irresponsable consumo y muchos otros han tenido efectos adversos significativos, queriendo ello decir que la metáfora utilizada en el aviso: "Que juega ruleta rusa con su vida " es aplicable a nuestro caso ya que tal juego es precisamente eso, una ruleta rusa con consecuencias lamentables, UNA SOLA BALA y muere.

Le pregunto a usted señor Examinador si el sentido de nuestro dicho cambia o no en relación con lo indicado en la Resolución que impugnamos???, la respuesta debe Si y por ello coincidirá con nuestra apreciación, confirmando una vez mas que la conducta del señor ADLER no es un acto de Competencia Desleal.

- El hecho de indicar que "... el costo del producto viagra es de \$1.244.000= para el primer año" es relevante, ya que como se indicó antes, un paciente que esté siendo tratado con el producto viagra por problemas de Disfunción Eréctil no se curará con una sola caja y por tanto sería imposible hacer una indicación de precios para cada tipo de pacientes en un aviso cuyas dimensiones originales fueron de 9 cms X 4 cms aproximadamente.
- Finalmente, en lo referente a "Medidas Cautelares", también es una mala apreciación de su Despacho ya que indica que tales medidas no fueron practicadas en el proceso que nos ocupa, pero entonces como se podrían interpretar los oficios mediante los cuáles el Despacho le informa a nuestro demandado que hay una investigación en su contra por presuntos actos de Competencia Desleal y en virtud de tales oficios, nuestro representado por escritos radicados con fecha 17 de Noviembre de 1998 manifiesta que no mencionará el producto viagra en los avisos publicitarios ordenados publicar en un futuro, y se abstiene de publicar cualquier aviso que contenga comparaciones o informaciones de cualquier índole sobre el producto viagra", y como prueba de la contradicción que se presenta léase el Artículo TERCERO de la Resolución N° 21744 del 20 de Octubre de 1999, que impugnamos en éste escrito.

Por la cual se resuelve un recurso

- Con lo anterior observamos que lo dispuesto por la Entidad obedece a las MEDIDAS CAUTELARES Decretadas y solicitadas por la Demandante, practicadas según Despacho Comisorio N° 1106 y oficio del mes de Septiembre de 1998 enviado por La Superintendencia de Industria y Comercio a nuestro Representado; entonces, contrario a lo que su Despacho indica SI SE PRESENTARON MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ADELANTADO EN CONTRA DE Dr. ADLER, por que precisamente fueron éstas las medidas solicitadas por la Demandante en su escrito inicial (hoja N°7 de la demanda)
- Sobre la etapa probatoria que nunca se evacuó, debemos manifestar que no puede su Despacho saltar etapas procesales previamente reguladas por la Ley. Prueba de lo anterior es el escrito emanado de su Despacho según N° 98058363-17, en el que manifiesta a las partes que "... es innecesaria la práctica de las pruebas solicitadas en la medida que el denunciado aceptó los hechos relacionados en la Resolución 4443 del 30 de noviembre de 1998.

En éste punto acudiremos al artículo 174 del C.P.C. que dispone: **Necesidad de la Prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso**", queriendo ello decir que cualquiera que sea el proceso adelantado debe agotarse cada una de las etapas previamente dispuestas y no puede el funcionario en forma arbitraria saltar las etapas del mismo ya sea por capricho o por negligencia o por cualquier otra situación, por cuanto existe la debida importancia de las pruebas en cada proceso.

Además su Despacho al indicar que "...el denunciado aceptó los hechos relacionados en la Resolución N° 4443 del 30 de Noviembre de 1998", está presumiendo algo que apenas esta investigando, situación que va en contra de lo dispuesto del Artículo 176 del C.P.C. así: **PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.**

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la Ley lo autorice.

1. Ahora debemos acudir a las Normas generales de derecho, por cuanto además de la mala interpretación que hace el funcionario desde el momento mismo de iniciada la investigación, debemos añadir el hecho que la Entidad confunde términos y etapas Jurídicas, como son:

3.1. ALLANAMIENTO A LA DEMANDA

Es en términos jurídicos y de acuerdo al Artículo 93 del C.P.C.; En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido. Sin embargo, el Juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión, o lo pida un tercero que intervenga en el proceso como parte principal.

El allanamiento de uno de los varios demandados, no afectará a los otros, y el proceso continuará su curso con quienes no se allanaron.

Esta cita está dada en conraindicación a lo que su Despacho ha dispuesto, principalmente en la Hoja Número 4 del Informe trasladado para los Alegatos finales, quien indica: "...no obstante, en comunicaciones radicadas bajo los números 98058363-12 y 98058363-13, afirmó que desde el momento mismo que le fue comunicado que el aviso publicado no

Por la cual se resuelve un recurso

correspondía a lo que se considera en Colombia ser aviso ético, suspendió inmediatamente la publicación de ese aviso y determinó nunca más involucrar a viagra en cualquiera de sus avisos. Así consideramos que aceptó la conducta en los términos del artículo 93 del Código de Procedimiento Civil (anexo 7) ..." (subrayo nuestro)

Si observamos la Norma y la aplicamos en Derecho a nuestro asunto y propiamente a la disposición del Dr. ADLER al enviar los oficios mencionados por su Despacho, deducimos que tal actitud no es ni menos que la respuesta a lo indicado por la Entidad en tales oficios remisorios y menos se trata de UN ALLANAMIENTO A LA DEMANDA, ni en señal de ACEPTACIÓN de unos hechos que se investigan, por tanto insistimos que los oficios radicados con fecha 17 de Noviembre de 1998 no son más que la contestación a una disposición de la Entidad, además su contenido así lo precisa y no permite de ésta manera tenerse como Allanamiento, es claro que el allanamiento exige unas solemnidades y en nuestro caso no se dan esas solemnidades para deducir un allanamiento a la demanda.

3.2 CONFESIÓN.

Su Despacho, desacierta palmariamente en el punto CUARTO de la resolución impugnada, cuando indica en la deducción que hace cuando refiere el punto SEXTO del escrito de la demandada y que cita especialmente en la Resolución 21744 del 20 de Octubre de 1999 así: "SEXTA.- Que condene al señor Stuart Adler al pago de las costas (gastos y agencias en derecho) que se causen en el presente trámite..." "los hechos denunciados se han comprobado cabalmente, por las pruebas que se acompañaron con la demanda, así como las recaudadas por la propia Superintendencia e incluso con la confesión del propio demandado (subrayado nuestro)

Apreciemos la siguiente contradicción: Su Despacho indica en el punto TERCERO de la Resolución 21744 del 20 de Octubre de 1999, impugnada; al decir "... La Superintendencia consideró necesario practicar las pruebas pedidas por la parte denunciante, en atención que éstas hacen referencia a la liquidación de los posibles perjuicios. No fueron decretadas pruebas de oficio..."; y nos dice ahora en el punto CUARTO: "los hechos denunciados se han comprobado cabalmente, por las pruebas que se acompañaron con la demanda, así como las recaudadas por la propia Superintendencia..." o se practicaron o no se practicaron pruebas de oficio???, si no se practicaron porqué su Despacho dice que se recaudaron pruebas por la propia Superintendencia???, o es que el Despacho está ocultando pruebas???

3.3. Su Despacho no puede tener los oficios radicados por el señor ADLER el día 17 de Noviembre de 1998 como CONFESIÓN, ya que éste medio de prueba exige para su configuración estrictos requisitos tanto de Validez como de existencia y ninguno de ello se presenta en los escritos mencionados, podemos inclusive mencionar algunos a fin de que su Despacho coincida con nuestra apreciación y deseche tal afirmación, permitiendo a su vez REVOCAR EN SU TOTALIDAD la Resolución impugnada.

REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE LA CONFESION:

- Debe ser una declaración de parte.
- Debe ser declaración personal, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro.
- Debe tener por objeto hechos.
- Los hechos sobre que versa deben ser favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante.
- Debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre su conocimiento de hechos ajenos.
- La declaración debe tener siempre una significación probatoria.
- Debe ser consciente.

Por la cual se resuelve un recurso

- Debe ser expresa y terminante.
- El confesante debe tener capacidad.
- Debe ser seria.

REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA CONFESION.

- Plena capacidad del confesante, salvo excepción consagrada en la Ley.
- Libre voluntad del confesante o ausencia de coacción.
- El cumplimiento de las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar, cuando es confesión Judicial provocada.
- Que no exista otra causal de nulidad que vicie la confesión, cuando es Judicial.

REQUISITOS PARA LA EFICACIA DE LA CONFESIÓN.

- La disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación que se deduce del hecho confesado.
- La legitimación para el acto, si es de representante o apoderado.
- Su conducencia o idoneidad como medio de prueba del hecho confesado o la aptitud legal para probar tal hecho.
- Que el hecho sea metafísica y físicamente posible.
- Que la confesión tenga objeto y causa lícita y que no sea dolosa ni fraudulenta.
- Que la Ley no prohíba investigar el hecho.
- Que el hecho confesado no sea contrario a otro que goce de notoriedad.
- Que el hecho confesado no esté contradicción con máximas generales de la experiencia.
- Que el hecho confesado sea jurídicamente posible, por no existir presunción de derecho o cosa juzgada en contrario.
- No existir otras pruebas que la desvirtúen.
- Que se pruebe oportunamente el hecho de la confesión, si es extrajudicial o judicial trasladada.
- Oportunidad procesal de su ocurrencia, cuando es confesión judicial espontánea.

De acuerdo a estos requisitos, podemos aún decir y afirmar que los oficios radicados por nuestro representando ante esa Entidad y oportunamente son o se pueden deducir como CONFESIÓN???"

SEGUNDO: De acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del código contencioso administrativo se resolverán todos los puntos planteados y los surgidos con ocasión del recurso, siguiendo para ello el orden en que se presentaron los argumentos:

1. Respecto de los argumentos de impugnación, Capítulo III

En el artículo 144 de la ley 446 de 1998 se señala que en los trámites por competencia desleal que se adelanten en la Superintendencia de Industria y Comercio se seguirá el mismo procedimiento previsto para los casos de prácticas comerciales restrictivas. Ese procedimiento está previsto en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. En el segundo párrafo de ese artículo se indicó que, concluida la averiguación preliminar, "cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al interesado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer".

En la resolución 4443 de 1998, por medio de la cual se abrió investigación en contra de Stuar Adler por presuntas actos configurativos de competencia desleal, esta Entidad concedió ocho días hábiles a partir de la ejecutoria de la misma, para que el denunciado solicitara y aportara pruebas.

Por la cual se resuelve un recurso

El señor Adler se notificó el 17 de noviembre de 1998 de la resolución 4443 de 1998. El acto quedó en firme el 24 de noviembre del mismo año.

Mediante comunicación radicada bajo el número 98058363-12 del 10 de diciembre de 1998, Stuart Adler informó que suspendería toda publicidad donde se involucrara a Viagra, así mismo que sus avisos publicitarios ya no mencionarían a Viagra. Ni en esta comunicación, ni en la del 17 de noviembre solicitó o aportó pruebas.

Mediante oficio 98058363-16, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia resolvió respecto de las pruebas. De acuerdo con lo previsto en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, instruida la investigación se presentó informe motivado sobre los resultados de la misma. De dicho informe se le dio traslado a Stuart Alder mediante oficio 98058363-21 del 14 de septiembre de 1999.

El denunciado otorgó poder al actual apoderado, quien en su escrito de presentación procede a solicitar pruebas en comunicación radicada el 10 de octubre de 1999 bajo el número 98058363-23.

Así, 10 meses después de vencido el plazo y después de presentado al Superintendente de Industria y Comercio el informe motivado de que trata el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, se pretende que la administración tenga en cuenta para decidir unos avisos de prensa y recortes de revistas como material probatorio, con el argumento de que se está "dando alcance" a las primeras comunicaciones en las que no se usó la prerrogativa.

Este Despacho considera que si bien es cierto que la parte investigada se hizo presente en la investigación a tiempo, esto no significa que, en los términos del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, tenga facultad para aportar pruebas por siempre.

La anterior conclusión se ve reforzada si pensamos que los casos de competencia desleal discutidos ante la Superintendencia de Industria y Comercio son actuaciones de naturaleza jurisdiccional y que, en esa medida, los términos y formalidades que existen para la petición y práctica de pruebas son garantía de la imparcialidad y equilibrio entre las partes, en este caso Pfizer y Alder. En efecto, si se atendiera el pedido del denunciado estaríamos autorizando que la decisión tenga en cuenta un elemento de evidencia que la denunciante no conoció ni pudo controvertir.

2. Respecto del punto uno del número 2

Según el contenido del artículo 13 de la ley 256 de 1996, se considera desleal "... la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propio o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas". Adicionalmente "... se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables".

Es preciso mencionar que el cumplimiento de la primera parte de la norma señalada en el punto anterior es suficiente para considerar la conducta como desleal. Esta segunda parte es autónoma e independiente de la primera, la cual se deduce de leer la expresión "así mismo", con el alcance que se ordena en el artículo 28 del código civil.¹

En el caso que nos ocupa, nos encontramos evaluando la comparación de productos o actividades propias con las ajenas. Atendiendo que la decisión contenida en la resolución 21744 del 20 de octubre de 1999 se basa en la primera parte del artículo mencionado para considerar la conducta ilegal y no en la segunda parte, este Despacho no encuentra que el

¹ "Así mismo: también", Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, 1984

Por la cual se resuelve un recurso

argumento de que los productos en mención sí son extremos análogos y comprobables, afecte el razonamiento que fundamentó la conclusión impugnada.

3. Respetto del punto "adecuación de los hechos"

Para que un acto pueda ser calificado como desleal requiere cumplir con los presupuestos generales establecidos en la ley 256 de 1996. Según éstos, debe existir, un presupuesto objetivo, según el cual el acto debe ser concurrencial; uno subjetivo, según el cual la ley deb aplicarse tanto a comerciantes como a cualquier otro participante en el mercado; y uno territorial, según el cual el acto desleal debe tener efectos en el territorio nacional. Los 3 se cumplieron como se detalló en la resolución recurrida. Este punto no se cuestionó por el inconforme.

Para que la conducta sea desleal los 3 presupuestos deben estar acompañados de una conducta que encuadre en los enunciados contenidos en los artículos 8 al 17 de la ley 256 de 1996 o en la norma general descrita en el artículo 7 de la misma ley.

Tal como está estructurada la ley 256 de 1996, a partir del artículo 8 están contenidos supuestos de hecho que, de presentarse y probarse, serán, de la manera señalada en el artículo 66 del código civil, considerados desleales, sin ser necesario probar, además, la mala fe de la gente. Específicamente, la redacción del artículo 13 implica que cumplidos los elementos la consecuencia es la ilegalidad de la conducta, al indicar sin ambigüedad que lo escrito "se considera desleal".

4. Respetto primer aparte de la página 9

El contenido del aviso efectivamente implica comparación² entre productos, en tanto establece una relación entre el Viagra y los instrumentos del doctor Adler, así:

Existió comparación y ésta fue de los productos o actividad propios con las ajenas.

La comparación señalada se dio entre los productos o actividad propia del anunciante, doctor Adler y los ajenos pertenecientes a Pfizer, lo cual quedó claro en los alegatos y en el mismo sentido, dentro de las comunicaciones enviadas por el denunciado, se constata que fue él quien realizó la orden de publicación del aviso objeto de debate.

El contenido del aviso que se analiza en este caso implica comparación entre productos, ya que se establece una relación entre el Viagra y los instrumentos del doctor Adler. Ciertamente, se están presentando condiciones negativas que se atribuyen al Viagra y algunas positivas que serían propias de los aparatos del señor Adler y los atributos y calidades de ambos se hacen precisando las de uno respecto del otro.

• Condiciones negativas

Bajo esta característica se encuentran dos frases:

- "Que juega a la ruleta rusa con su vida"
- "pastas peligrosas"

• Condiciones positivas

Bajo esta característica se encuentran dos frases:

- "a precios moderados con una sola inversión en dinero"

² "Confusión: falta de claridad; reunión de cosas inconexas." Ibidem.

Por la cual se resuelve un recurso

- "sin causar efectos adversos significativos"

Todo lo anterior acompañado de un frasco con el nombre de Viagra, el cual se encuentra tachado con una equis y de una frase que textualmente señala "cada vez que toma una de esas pastas".

Así consideramos que las deducciones a que se refiere el recurrente si son reales.

5. Respetto del tercer aparte de la página 9

El fraccionamiento de frases se realiza tal como aparece en el aviso, comparando un producto frente a otro. Para este caso el producto del señor Adler con el producido por Laboratorios Pfizer.

6. Respetto del punto 1 de la página 10

En cuanto al uso de la partícula "o" incluida dentro del aviso la interpretamos como una elección que hace el consumidor entre 2 elementos: uno peligroso y otro que por sus condiciones comparativas resultaría beneficioso. Este entendimiento corresponde con lo que se señala en el diccionario. "Conjuntivo, disyuntivo. Denota alternativa o diferencia".³

7. Respetto de los puntos 2 de la página 11 y 1 de la página 12

El aviso publicitario en mención hace alusión a que el aparato puede comprarse "a precios moderados con una sola inversión en dinero", al paso que las "pastas peligrosas" son costosas (\$ 1'244.000 el 1er año).

Este Despacho reitera lo dicho en la resolución impugnada, pues en cada caso particular será el consumidor quien decida la cantidad comprada de acuerdo a su necesidad. En el aviso falta el valor unitario de la pastilla para que el consumidor pueda determinar si resulta o no costosa para su necesidad.

En conclusión, una estimación de un valor global sin tener en cuenta el valor unitario tal como aparece dentro del aviso, refleja que falta la información necesaria para que el consumidor elija entre 2 productos.

8. Respetto del punto 4 de la página 10

La contraindicación que aparece en la resolución del Invima⁴ para el medicamento denominado Viagra está dirigida a pacientes con hipersensibilidad a sus componentes y a pacientes con predisposición a retinopatía pigmentosa. Al señalarse en la publicidad que el producto es peligroso para los diabéticos, cardíacos o hipertensos, se está haciendo una extensión que no consulta para nada las limitaciones científicas con que se hace médicamente la limitación.

En cuanto a la farmacovigilancia contenida en la resolución del Invima, ésta debe ser atendida al nivel de Rams o número de casos reportados al Invima donde el medicamento produzca afectos en algunos pacientes. Así, no puede el particular adelantarse al resultado de los informes periódicos de farmacovigilancia que deben ser presentados ante el Invima, por más que cuente con recortes de revistas que contradigan lo señalado por ese instituto.

³ Ibídem.

⁴ Resolución 9723 de 1998

Por la cual se resuelve un recurso

9. Respetto de los puntos 5 de la página 10 y 1 de la página 11

Todos los productos médicos y farmacéuticos deben ser usados según las condiciones médicas. El uso excesivo o contra lo indicado de cualquier medicamento implica riesgos para la integridad personal. Así, en la generalidad de los remedios el riesgo de que suceda una consecuencia desagradable emana de la utilización en condiciones anormales o contrarias a lo recomendado para cada paciente.

No es cierto que Viagra sea peligrosa para todo el mundo. Es cierto que es peligrosa para quien la consume sin las prescripciones médicas, como es la general de todo medicamento. En atención que, según la decisión del Invima, para todo tipo de personas la adquisición del producto requiere la venta bajo fórmula médica, la peligrosidad del producto Viagra afirmada en el aviso publicitario, no puede sustentarse en la posibilidad de que se vendan a quien no debería o se use por fuera de lo prescrito.

Señala el recurrente que la limitante contenida en la presentación de Viagra que la venta de ésta se debe realizar bajo fórmula médica, tal circunstancia no guarda identidad con la realidad y ésta situación es la que justifica la expresión "peligrosa" contenida en el aviso publicitario analizado. Sobre el particular consideramos que de ser cierta la situación denunciada, corresponde a los afectados quejarse ante la entidad competente, más no lo faculta para que los particulares no observen otras normas, como es anunciar que un producto es peligroso.

10. Respetto de los puntos 2 y 3 de la página 11

El contenido de estos puntos fue analizado en el número uno de este considerando.

11. Respetto de los puntos 2 y 3 de la página 12

Tal como está diseñado el procedimiento para los casos de competencia desleal, los denunciantes podrán solicitar las medidas cautelares de que trata el decreto 2153 de 1992 y las previstas en la ley especial. Según lo señalado en el artículo 31 de la ley 256 de 1996, la cautela podrá solicitarse bajo dos modalidades:

- De 24 horas sin escuchar a la parte contraria: Requiere que el solicitante pruebe un peligro grave e inminente y para su decreto no se escucha a la parte contraria.
- Escuchando a la parte contraria: El asunto no representa un peligro grave e inminente para el denunciante y se necesita previa a su adopción escuchar a la parte contraria.

De acuerdo con la petición radicada bajo el número 99058363-00 la parte denunciante solicitó adoptar como medida cautelar la orden para el denunciado de suspender la publicidad donde compare su producto con Viagra. Este Despacho, atendiendo el contenido del artículo 31 de la ley 256 de 1996, consideró que la cautela no era de 24 horas y por ello dio traslado de la misma a la parte denunciada para que ésta expresara sus opiniones. Dentro del término concedido la parte interesada no presentó ninguna observación al respecto.

Esta Entidad, en cumplimiento del número 11 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 24 del mismo decreto, para adoptar la medida escuchó al consejo asesor, pero dado el avance en la investigación, nunca evaluó ni mucho menos decretó la práctica de la medida.

No se considera acertada la tesis del recurrente donde señala que en este caso se decretó una medida cautelar, ya que lo que realizó la administración fue otorgar un término para que el denunciado se pronunciara sobre la solicitud de acuerdo con el presupuesto contenido en el

Por la cual se resuelve un recurso

artículo 31 de la ley 256 de 1996. El denunciado nunca se pronunció y la administración nunca decretó la medida.

12. Pruebas aportadas en esta investigación

La parte denunciante aportó con su solicitud pruebas sobre las cuales basa sus afirmaciones. Dentro de éstas se encuentra la resolución 19505 de 1996 del Invima, recorte de prensa que contiene el aviso publicitario y certificado de existencia y representación de la parte denunciante.

Ahora bien, frente a la parte denunciada retomamos lo señalado antes en este considerando, al reiterar que los interesados presentaron avisos publicitarios posteriores al término otorgado por la administración para solicitar y aportar pruebas.

No obstante los avisos aportados son analizados en esta decisión.

En virtud del principio de la celeridad y el de eficiencia para este Despacho lo aportado por la parte denunciante, sumado al silencio del denunciado, fue suficiente para fallar el caso.

13. Allanamiento

En la medida que en la resolución de sanción impugnada no aparece referencia a un posible allanamiento, esta Superintendencia no considera que el argumento del recurrente mediante el cual ataca esta figura pudiera llegar a afectar los cimientos fácticos y jurídicos de la decisión recurrida.

Sobre este punto es necesario aclarar que el funcionario competente para terminar una investigación sea por archivo o por no encontrar mérito para sancionar es el Superintendente de Industria y Comercio.

Según el contenido del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.

Así, el informe motivado tan solo es un documento interno que es trasladado tanto al Superintendente de Industria y Comercio como a los investigados. Este funcionario recibe el informe y las observaciones de los investigados, procediendo a tomar una decisión al respecto.

Entonces, queda claro que el informe motivado no vincula al Superintendente, tan solo es una comunicación sobre el resultado de una investigación.

Teniendo en cuenta que los argumentos del recurrente no desvirtúan las conductas imputadas, esta Superintendencia,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 21744 de 1999.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Eduardo Velásquez Briceño apoderado de Stuart Adler, o a quien haga sus veces,

Por la cual se resuelve un recurso
entregándole copia de la misma e informándole que contra la misma no procede recurso
alguno y que se agotó la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los

El Superintendente de Industria y Comercio,

10 FEB 2000


EMILIO JOSÉ ARCHILA PENALOSA

Notificaciones:

Doctor
EDUARDO VELASQUEZ BRICEÑO
Apoderado
STUART ADLER S.
Avenida 19 N° 3- 50, oficina 1903
Santafé de Bogotá

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 2405 de fecha 10-Feb/00

esté notificada mediante edicto número 2488

emiso el 25 FEB 2000 desfijado el 09 MAR 2000