



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (5 3 8 0 0) DE 2014

0 4 SEP 2014

Radicación No. 11-81018

"Por la cual se rechaza una solicitud de medidas cautelares"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD-HOC

En ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 establece que "[l]a autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria".

SEGUNDO: Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio es competente para "[o]rdenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal".

TERCERO: Que mediante comunicación radicada con el No. 11-81018 del 29 de junio de 2011, ampliada mediante comunicación radicada con el No. 11-81018 del 15 de abril de 2013, la Asociación Colombiana de Empresas Licoreras – ACIL, solicitó a esta Entidad iniciar una investigación en contra de varias empresas, al considerar que *"de forma ilegal han venido utilizando los envases de uso exclusivo de las Licoreras Departamentales induciendo de forma errónea al consumidor sobre el verdadero origen del licor que se encuentra dentro de los envases (...)".*

CUARTO: Que mediante comunicación radicada con el No. 11-81018-319 del 20 de junio de 2014, ACIL solicitó las siguientes medidas cautelares:

"1. Que las sociedades Vinos de la Corte S.A., Bodegas Santa Lucía LTD., Casa La Viña LTD., Vinos y Aperitivos de la Costa LTDA., Embotelladora CAPRI Ltda., Bodegas Vinzzana Ltda., Industria Licorera de Sucre S.A.S., Productos M y M. LTDA., Licores y Aperitivos del Caribe LTDA., Licores ALFA LTDA., Laboratorios ALFA S.A.S., Bodegas Alicante S.A., Vinos y Aperitivos de la Costa, Bodegas Viejas Cepas y Alicante S.A.S., Casa Licorera del Norte LTDA y

¹ Mediante el cual se derogó parcialmente los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

Por la cual se rechaza una solicitud de medidas cautelares

Radicación No. 11-81018

el establecimiento de comercio La Viña del Tonel, se abstengan de utilizar los envases de las Licoreras Departamentales.

2. Que se ordene a las sociedades Vinos de la Corte S.A., Bodegas Santa Lucía LTD., Casa La Viña LTD., Vinos y Aperitivos de la Costa LTDA., Embotelladora CAPRI Ltda., Bodegas Vinzzana Ltda., Industria Licorera de Sucre S.A.S., Productos M y M. LTDA., Licores y Aperitivos del Caribe LTDA., Licores ALFA LTDA., Laboratorios ALFA S.A.S., Bodegas Alicante S.A., Vinos y Aperitivos de la Costa, Bodegas Viejas Cepas y Alicante S.A.S., Casa Licorera del Norte LTDA y el establecimiento de comercio La Viña del Tonel, recoger los productos que se encuentren en el mercado con la utilización indebida de los envases de las Licoreras Departamentales."

Como sustento de la petición, ACIL señaló que las empresas denunciadas han venido utilizando de forma ilegal los envases de uso exclusivo de las licoreras departamentales, induciendo de forma errónea al consumidor sobre el verdadero origen del licor que se encuentra dentro de los envases.

En línea con lo anterior, ACIL manifestó que en virtud de la conducta desplegada por los presuntos infractores, a la luz de Ley 256 de 1996 se ha configurado un acto de confusión por riesgo de asociación, pues al utilizar para los productos envases de las licoreras departamentales, se afecta la capacidad volitiva y decisoria del consumidor, llevándolo a error sobre la identidad y procedencia del producto que se encuentra en el envase. Agregó que lo anterior deja claro la potencialidad para confundir, pues el consumidor guiado por la forma, calidad y contextura del envase, adquiere el producto y cree que está en presencia de un producto de las licoreras departamentales, lo cual es un error.

QUINTO: Que para efectos de resolver la solicitud de medidas cautelares de la referencia, el Despacho considera lo siguiente:

5.1. Medidas cautelares en materia de protección de la competencia

Conforme al artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, para que la SIC pueda decretar medidas cautelares en el marco de una investigación por prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal administrativa, se deberá demostrar: i) la probable ocurrencia, existencia o configuración de una conducta anticompetitiva; y ii) el riesgo de efectividad de la eventual decisión sancionatoria en el evento de no decretarse la medida cautelar. De esta forma, la sola comprobación preliminar de la existencia de las conductas anticompetitivas no es presupuesto suficiente para la procedencia de este tipo de medidas, ni tampoco la sola demostración de que la efectividad de la eventual decisión puede estar en riesgo.

Como ya lo ha señalado esta Superintendencia, para poder decretar medidas cautelares en una investigación por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia o de competencia desleal administrativa, la certeza exigida respecto de la realización del comportamiento anticompetitivo es distinta de aquella requerida para abrir una investigación administrativa por conductas contrarias a la libre competencia.

Este tema ha sido tratado en los siguientes términos:

Por la cual se rechaza una solicitud de medidas cautelares

Radicación No. 11-81018

"... el grado de exigencia para decidir la apertura de investigación, no es el mismo que para decretar una medida cautelar. En efecto, la necesidad de abrir una investigación puede estar soportada, inclusive, en un simple indicio, si de él logra inferirse razonablemente, la posible realización de una conducta anticompetitiva; al paso que la medida cautelar requiere no solo una prueba más sólida en torno a la realización de la conducta investigada, sino frente a la producción de un daño irreversible de no adoptarse la medida a tiempo.

Lo anterior se encuentra del todo lógico, si se atiende a que el único efecto que se desprende del acto de apertura, es la vinculación formal a una investigación, mientras que la imposición de una medida cautelar ya supone una mutación del mundo exterior, y más concretamente, de la esfera de quien está siendo investigado, anticipando los efectos de una decisión"².

Es claro entonces que para evaluar la procedencia de unas medidas cautelares en este tipo de investigaciones es fundamental comprobar, de manera preliminar, la probable existencia de una práctica restrictiva de la libre competencia o de competencia desleal administrativa. Así mismo, deberá probarse que la no adopción de la medida cautelar podría hacer nugatoria la decisión final sobre la investigación en materia de prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal administrativa.

Por lo tanto, no basta con una mera descripción fáctica de la situación por parte del quejoso para que la SIC realice una intervención en el mercado a través de unas medidas cautelares. Debe comprobarse que los hechos efectivamente ocurrieron y que, adicionalmente, los mismos constituyen muy probablemente una conducta anticompetitiva de las sancionadas por las normas legales colombianas. Igualmente, es necesario que se presente el "*periculum in mora*" o peligro en la demora, entendido como el riesgo de que el derecho protegido pueda verse afectado por el transcurso del tiempo³.

Teniendo en cuenta lo arriba expuesto, a continuación se analizará la viabilidad de las medidas pretendidas en el caso específico.

5.2. Medidas cautelares solicitadas en el caso concreto

De acuerdo con el escrito presentado, la medida solicitada consiste en ordenar que las empresas denunciadas se abstengan de utilizar envases de las licoreras departamentales y recojan los productos que se encuentran en el mercado utilizando indebidamente dichos envases.

En el presente caso, ACIL sostiene que las empresas denunciadas estarían realizando actos de competencia desleal por confusión, en tanto al utilizar para sus productos envases de las licoreras departamentales, se induce a error al consumidor sobre la identidad y procedencia del producto que se encuentra en el envase.

² Resolución No. 9842 de 2005 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio. Posición reiterada en la Resolución 778 del 18 de enero de 2012.

³ Referencia extraída de la Sentencia SU 913 de la Corte Constitucional. 11 de diciembre de 2009. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

W

Por la cual se rechaza una solicitud de medidas cautelares

Radicación No. 11-81018

En virtud de lo anterior, la conducta anticompetitiva que se pretende suspender con la solicitud de medidas cautelares tiene que ver con posibles actos de competencia desleal administrativa por parte de las empresas denunciadas en contra de las licoreras departamentales, dirigidos a crear confusión en los consumidores respecto de la procedencia de los productos que ofrecen, afectando de esta manera el interés general y distorsionando significativamente el mercado.

Las facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de actos de competencia desleal están dirigidas a ejercer inspección, vigilancia y control -y si es del caso imponer las multas y sanciones pecuniarias establecidas en el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009-, únicamente en aquellos casos en que los posibles actos de competencia desleal afectan el interés público, como resultado de un defectuoso funcionamiento de los mercados.

Así las cosas, debe advertirse que si se trata de un conflicto en el que no hay una distorsión al mercado en general y a la competencia, se debe acudir a los jueces o al grupo de trabajo de esta Superintendencia a cargo del ejercicio de la facultad jurisdiccional para dirimir conflictos particulares por actos de competencia desleal.

Bajo este entendido, la Ley 256 de 1996 establece una serie de requisitos para que se configuren actos de competencia desleal. Primero, que tales actos se efectúen en el mercado con fines concurrenciales, es decir que por las circunstancias en que se realizan, se revelen objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien los realiza o de un tercero (ámbito objetivo de la aplicación). Segundo, que exista una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal (ámbito subjetivo de la aplicación). Y tercero, que los efectos principales del acto tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano (ámbito territorial de la aplicación).

En cuanto a los actos de confusión en particular, el artículo 10 de la Ley 256 de 1996 establece que se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno. Por consiguiente, esta norma supone la realización de una conducta que cree un juicio equívoco en el consumidor al elegir un producto.

El acto desleal de confusión incluye tanto los casos en los que "*el consumidor, al adquirir un producto, piensa que está adquiriendo otro*" (confusión directa)⁴, como aquellos en los que se presenta el denominado riesgo de asociación, que se produce cuando el consumidor reconoce la diferencia entre los productos o servicios de que se trate y su distinto origen empresarial, "*pero de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación entre ambas [empresas], ya sean vínculos comerciales, pertenencia al mismo grupo empresarial, etc.*" (confusión indirecta)⁵.

⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial dentro del proceso No. 32-IP-2009.

⁵SÁNCHEZ SABATER, Laura. Actos de Confusión. En: MARTÍNEZ SANZ, Fernando (director). Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal. Editorial Tecnos. Madrid. 2009. Pág. 79.

LN

Por la cual se rechaza una solicitud de medidas cautelares

Radicación No. 11-81018

Bajo este contexto, para decretar las medidas cautelares solicitadas, esto es, ordenar la suspensión de los presuntos actos de competencia desleal administrativa por confusión que estarían realizando las empresas denunciadas, resulta indispensable que en el material probatorio obrante en el expediente se encuentre evidencia suficiente que permita sostener al menos preliminarmente (i) que los elementos necesarios para que se configure un acto desleal de confusión están acreditados y (ii) que con dicha conducta se esté distorsionando significativamente el mercado y afectando los beneficios que la libre y sana competencia reporta para los consumidores en general.

En el presente caso este Despacho advierte que el denunciante no presentó pruebas que permitieran acreditar que las conductas denunciadas cumplen los presupuestos de configuración de los actos de competencia desleal por confusión, así como tampoco aportó evidencia que permitiera considerar que dichos hechos generaron una distorsión significativa en el mercado que afecte el interés general. Por consiguiente, en la etapa actual del trámite que adelanta esta Entidad, no es posible decretar las medidas cautelares, en tanto que en el expediente no obra evidencia que permita comprobar las afirmaciones de la denunciante, en cuanto a la probable ocurrencia de una conducta de competencia desleal que esté afectando el interés público.

En efecto, en el expediente aún no obra evidencia de que las conductas denunciadas estén produciendo un juicio equivoco en los consumidores, generándoles un efecto desorientador al momento de elegir una oferta de bienes. Particularmente, no se aportó evidencia que indique que los consumidores estarían adquiriendo los productos en cuestión asumiendo que existe una relación directa o indirecta entre las licoreras departamentales y las empresas denunciadas.

Sin perjuicio de lo anterior, para este Despacho tampoco resulta claro a partir de la información que obra en el expediente hasta el momento, que los hechos denunciados estén causando una distorsión significativa en el mercado que afecte el interés público, y que requiera una suspensión inmediata mediante el decreto de medidas cautelares.

De tal suerte, este Despacho considera que no existen suficientes elementos, por lo menos en el estado actual de este trámite, que permitan verificar los requisitos anotados en la presente Resolución para el decreto de medidas cautelares en materia de investigaciones por competencia desleal administrativa. Lo anterior, en la medida en que **no hay claridad sobre si los supuestos de hecho base de la petición constituyen una probable infracción a las normas de competencia desleal administrativa.**

De acuerdo con lo expuesto, sin que esto implique de manera alguna un pronunciamiento de fondo ni constituya una anticipación de la decisión definitiva o indique su sentido, se rechazará la solicitud presentada.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

W

Por la cual se rechaza una solicitud de medidas cautelares

Radicación No. 11-81018

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: RECHAZAR la solicitud medida cautelar presentada por la Asociación Colombiana de Empresas Licoreras – ACIL dentro del trámite de la referencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede ningún recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución, en los términos previstos en el inciso 2 del artículo 23 de la Ley 1340 de 2009.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **04** SEP 2014

El Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc



LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA

Proyectó: Andrés Pérez Orduz
Revisó y aprobó: Felipe Serrano Pinilla

COMUNICAR:

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS LICORERAS – ACIL
Representante legal
LUZ MARÍA ZAPATA ZAPATA
Calle 72 No. 6-44 Oficina 502
Bogotá D.C.
acilcol@gmail.com