

Bogotá D.C.,

10

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Asunto: Radicación: 17- XXX -0000X-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Reciba cordial saludo.

Con el presente escrito damos alcance a la respuesta enviada anteriormente, puesto que por un error involuntario el sistema envió un escrito que no corresponde a la contestación de su consulta.

Respetuosamente solicitamos hacer caso omiso a dicho escrito y tener el presente documento y su contenido como el adecuado para dar respuesta a su consulta.

Conforme a la Ley 1755 del 30 de junio de 2015 que sustituye los artículos 13 a 33, de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011, me permito dar respuesta a la consulta realizada en los siguientes términos:

1. CUESTIÓN PREVIA

1.1. Del alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta.

Antes de absolver la consulta realizada es importante advertir que a la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-542 de 2005 señaló que:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contáctenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”

2. OBJETO DE LA CONSULTA

En esta oportunidad se trata de resolver una consulta presentada ante esta Entidad con Rad. No. 17-108854- -00000-0000 del 05 de mayo de 2017 en la cual se señala:

“(…)

- 1. ¿Cuáles son aquellas prácticas o comportamientos prohibidos porque afectan la libre competencia?*
- 2. ¿Cuándo una publicidad infringe las normas de competencia?*
- 3. ¿Cuándo una promoción infringe las normas de competencia?*
- 4. ¿La publicidad comparativa entre productos y servicios propios o versus otros que sean de propiedad de un tercero competidor está permitida?*
- 5. Cuáles son los requisitos para hacer publicidad comparativa de productos?*
- 6. Favor indicar unos ejemplos de publicidad comparativa que violen normas de la competencia.*
- 7. ¿Cuáles son los criterios para determinar que una afirmación de una publicidad es peyorativa?*

(…)”

Así las cosas, precisado el alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta y delimitado el objeto de la presente consulta se pasará a absolverla.

A continuación se expondrán aspectos fundamentales para la consulta realizada en materia de prácticas restrictivas a la libre competencia, protección al consumidor (referente a publicidad engañosa), y competencia desleal (en términos de publicidad comparativa).

2.1. De la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

De manera general, y de conformidad al Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1340 de 2009, son facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio:

(i) vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica;

(ii) imponer a personas jurídicas y naturales las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia;



(iii) *decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia;*

(iv) *autorizar en los términos de la ley, los acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, a los que se refiere el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 o demás normas que la modifiquen o adicionen;*

(v) *conceder los beneficios por colaboración con la Superintendencia de Industria y Comercio;*

(vi) *pronunciarse en los términos de la ley, sobre la fusión, consolidación, adquisición del control de empresas e integración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada, y analizar el efecto de los procesos de integración o reorganización empresarial en la libre competencia.*

2.2. En materia de prácticas comerciales restrictivas.

Desde el punto de vista constitucional a esta Superintendencia le corresponde velar por la protección del derecho a la libre competencia en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, es competente para “[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

De otra parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función “[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.”

En ese sentido, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, prevé que esta Superintendencia es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido señala que esta Entidad “[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la



competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

2.3. De las prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963, dispone:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”

De acuerdo con lo anterior, las normas sobre prácticas comerciales restrictivas prohíben y establecen sanciones para quienes incurren en conductas que tengan por objeto o como efecto la alteración de la libre competencia en el mercado, las cuales pueden revestir la forma de actos o acuerdos anticompetitivos o de abuso de posición dominantes.

El numeral 1 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define “*acuerdo*” como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. Asimismo, el numeral 2 del citado Artículo define “*acto*” como “[t]odo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”; y el numeral 5 define “*posición dominante*” como “[l]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

El Decreto 2153 de 1992, en sus Artículos 47, 48 y 50 señala, de manera enunciativa, los acuerdos y actos que se consideran contrarios a la libre competencia y las conductas que constituyen abuso de posición dominante. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en la cláusula de prohibición general establecida en el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

2.3.1. Acuerdos contrarios a la libre competencia.

En términos de acuerdos contrarios a la libre competencia, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000, dispone:

“Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;*



2. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros;*
3. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores;*
4. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro;*
5. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos;*
6. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos;*
7. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones;*
8. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción;*
9. *Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.*
10. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”*

2.3.2. Abuso de posición dominante.

El ostentar la posición de dominio en un mercado no constituye por sí sola infracción alguna a las normas de libre competencia. Es el abuso de la misma el que puede constituir una práctica anticompetitiva.

No obstante, resulta claro que para que se pueda hablar de abuso de posición dominante la empresa de la que se predica dicho abuso debe ostentar efectivamente dicha posición dentro del mercado, de tal suerte que para establecer si hay abuso es preciso determinar la existencia efectiva de la posición dominante.

Establecida la posición de dominio, se puede continuar con el estudio de los ingredientes normativos de las conductas que según el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000, constituyen abuso de la misma en el mercado, como sigue:



“1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos;

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas;

“3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones;

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrece a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

2.3.3. Actos contrarios a la libre competencia.

Son actos contrarios a la libre competencia, de acuerdo con el Artículo 48 del Decreto 2153, los siguientes:

“1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicio o par que desista de su intención de rebajar los precios.

3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”.

2.4. En materia de protección al consumidor.

La protección al consumidor es el conjunto de normas que regulan las relaciones de consumo que nacen en la cadena de comercialización de bienes y servicios entre productores, proveedores y expendedores.



Con la Ley 1480 de 2012 por la cual se expide el Estatuto del Consumidor, se protege a los consumidores insatisfechos frente a la adquisición de bienes y servicios. Desde entonces, la Superintendencia de Industria y Comercio, es la autoridad encargada de velar por los derechos de los consumidores.

Las normas del Estatuto del Consumidor regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en dicha ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en el mencionado estatuto. Dicha ley es aplicable a los productos nacionales e importados.

Según lo disponen los numerales 22 al 31, 42 al 46 y 61 al 66 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, a través del cual se modificó la estructura de la Entidad, en materia de protección al consumidor, se tienen, entre otras, las siguientes facultades:

- Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor.
- Adelantar procedimientos por violación al régimen de protección del consumidor, en ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales.
- Imponer sanciones por violación al régimen de protección al consumidor, una vez surtida una investigación.
- Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor con el fin de establecer criterios y procedimientos que faciliten el cumplimiento de las normas.

En virtud de dichas competencias, entre otras, las funciones que cumple esta Superintendencia se relacionan con los temas concernientes a la calidad, la idoneidad y las garantías de los bienes y servicios, así como, la verificación de la responsabilidad por el incumplimiento de las normas sobre información veraz y suficiente, publicidad engañosa e indicación pública de precios, protección contractual (cláusulas abusivas), entre otras cuestiones.

2.4.1. Información que se debe brindar a los consumidores.

El artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, de manera general, establece la obligación de suministrar información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan a los consumidores. En similar sentido, el Capítulo II del Título II de la Circular Única de esta Entidad, establece:

Cra. 13 #27 - 00 piso 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



"(...) las marcas, leyendas, propagandas comerciales y, en general, toda la publicidad e información que se suministre al consumidor sobre los componentes, propiedades, naturaleza, origen, modo de fabricación, usos, volumen, peso o medida, precios, forma de empleo, características, calidad, idoneidad y cantidad de los productos o servicios promovidos y de los incentivos ofrecidos, debe ser cierta, comprobable, suficiente y no debe inducir o poder inducir a error al consumidor sobre la actividad, productos y servicios y establecimientos."

Por su parte el artículo 24 indica la información mínima que debe proporcionarse.

"Artículo 24. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN. La información mínima comprenderá:

1. Sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, como mínimo el productor debe suministrar la siguiente información:

1.1. Las instrucciones para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio;

1.2. Cantidad, peso o volumen, en el evento de ser aplicable; Las unidades utilizadas deberán corresponder a las establecidas en el Sistema Internacional de Unidades o a las unidades acostumbradas de medida de conformidad con lo dispuesto en esta ley;

1.3. La fecha de vencimiento cuando ello fuere pertinente. Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en sus etiquetas, envases o empaques, en forma acorde con su tamaño y presentación. El Gobierno reglamentará la materia.

1.4. Las especificaciones del bien o servicio. Cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares, estas deberán contenerse en la información mínima.

2. Información que debe suministrar el proveedor:

2.1. La relativa a las garantías que asisten al consumidor o usuario;

2.2. El precio, atendiendo las disposiciones contenidas en esta ley.

En el caso de los subnumerales 1.1., 1.2. y 1.3 de este artículo, el proveedor está obligado a verificar la existencia de los mismos al momento de poner en circulación los productos en el mercado.

PARÁGRAFO. El productor o el proveedor solo podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación."



La información que debe proporcionarse al consumidor, tiene como finalidad que el consumidor conozca las características del producto o servicio, tales como su peso, componentes, usos, mantenimiento e incluso los posibles riesgos que de ellos puedan derivarse, y de este modo, tome decisiones de mercado de manera informada.

Si la información que se brinda a los consumidores no cumple con los requisitos exigidos por la ley, habrá lugar a responsabilidad por parte de productor o proveedor a favor del consumidor, tal y como lo ha analizado la doctrina:

"En consecuencia, si la información que se suministra a los consumidores y usuarios resulta engañosa o insuficiente, por no ser cierta, completa, no ser comprobable, clara (esto es, por no ser legible a simple vista, por ejemplo), comprensible, precisa o idónea, el productor y el proveedor serán responsables de los daños que causen a sus consumidores y usuarios. Inclusive, la información falsa o insuficiente, podrá hacerlos responsables por los daños al medio ambiente, cuando estos se deriven de la inadecuada disposición de sus productos por parte de consumidores o usuarios por falta de información adecuada. Debe recordarse que al tener que ser verificable corresponde al productor o expendedor la carga de prueba de la certeza de información."

(Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Granada, 2012, páginas 200 y 201))

2.4.2. Publicidad engañosa.

La publicidad engañosa es definida en el numeral 12 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, de la siguiente manera:

"Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo."

El artículo 29 de la Ley 1480 de 2011 determina la fuerza vinculante de la publicidad:

"Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad."

Así mismo, el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 prohíbe la publicidad engañosa y fija la responsabilidad por la misma:

"Está prohibida la publicidad engañosa."

El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si



se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente."

En este sentido, los anunciantes están obligados ante los consumidores por las condiciones objetivas que anuncian en la publicidad y, en consecuencia, serán responsables por los perjuicios que cause la publicidad engañosa.

La doctrina ha establecido una serie de pasos a aplicar con el fin de evaluar si una publicidad resulta engañosa:

"Primer paso; determinar si el mensaje es objetivo.

Como se expresó anteriormente, el principio sobre el que se soporta la reglamentación de la publicidad engañosa, consiste en establecer que aquellas afirmaciones objetivas que contenga un anuncio, deben ser ciertas, verificables y suficientes. En tal sentido, para evaluar un mensaje comercial las afirmaciones o imágenes que en éste se hagan deben ser apreciadas dentro del contexto en que se desarrolla la campaña o el anuncio y no cada una individualmente.

En este punto resulta de suma importancia tener en cuenta que el principio de veracidad aplica solamente para las afirmaciones que son objetivas, es decir, aquellas que se refieren a características propias de los productos (calidad, cantidad, precio) o a aspectos medibles del mensaje (ej. Estadísticas de consumo - más del 70% de los consumidores prefieren .) y no a elementos puramente subjetivos como son juicios estimativos que el propio anunciante hace de su producto. Lo anterior en razón que la veracidad, sólo se puede predicar de aquello que es apreciable objetivamente y no de las opiniones, que por ser subjetivas, son personales e improbables.

Bajo estos parámetros, lo primero que se debe realizar para determinar si una pieza publicitaria es o no engañosa, es establecer cuáles son los elementos objetivos del mensaje que se transmite al consumidor. Aun cuando no se puede fijar una regla absoluta en este punto, normalmente los elementos objetivos del mensaje se traducen en la promesa que se transmite al consumidor y especialmente en los argumentos o reasonwhy con los que ésta se soporta. (...)

Segundo paso; determinar las características del bien o servicio anunciado, para enfrentarlas con el mensaje transmitido.



Según el Diccionario de la Lengua Española, veraz significa "que dice, usa o profesa siempre la verdad". A su turno el término verdad, significa "conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. - conformidad de lo que se dice, con lo que se dice, con lo que se siente o piensa. - juicio o proporción que no se puede negar racionalmente.

Uniendo las definiciones arriba transcritas, con lo dispuesto por las normas sobre publicidad engañosa, se concluye que la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan, debe estar conforme con la realidad que de éstos se busca transmitir.

En tal sentido, resulta indispensable conocer a fondo la realidad del producto al que se refiere la publicidad, para así poder determinar si las promesas y el reasonwhy en el que éstas se soportan, son ciertos y comprobables. Si al enfrentar el mensaje con la realidad objetiva se concluye que éstas no concuerdan, se tendrá que el mensaje es literalmente falso y por regla general engañoso.

Tercer paso; determinar si la información transmitida es suficiente para el consumidor. Uno de los requisitos que suelen contener las normas para evitar el error del consumidor, consiste en establecer que la información que se transmita al consumidor sea suficiente. Según el Diccionario de la Lengua Española, suficiente significa "Bastante para lo que se necesita.- Apto o idóneo."A su turno bastante quiere decir "Ni mucho ni poco, ni más ni menos de lo regular, ordinario o preciso; sin sobra ni falta."

Uniendo las definiciones arriba transcritas, con lo dispuesto por las normas, se concluye que la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan, deber ser aquella que ordinaria o regularmente se considera necesaria o idónea, para que el consumidor se forme una opinión acerca de la oferta planteada y tome una decisión de si aceptar o rechazar la misma.

Nótese que las normas no establecen que en la información que se transmita al consumidor, se deban indicar absolutamente todos los aspectos relacionados con el producto o el servicio ofrecido, sino que dispone que la información relacionada con los componentes o las propiedades de los bienes y servicios anunciados sea suficiente, es decir, que sea bastante o la necesaria para el fin que se emplea.

Esta diferencia es de suma importancia, pues el principio de suficiencia obliga a que en cada caso particular, se deba analizar si la información transmitida es o no la información ordinaria que el consumidor necesita para conocer las características objetivas de la oferta, del producto o del servicio que se anuncia.

Es así, como para determinar si una información es suficiente, se debe tener en cuenta cuál es la experiencia o el nivel de conocimiento que los consumidores tienen frente al producto o servicio anunciado, para de esta



*forma determinar el nivel o la cantidad de información que debe transmitirse.
(...)*

Cuarto paso; establecer cuál es la actitud y el entendimiento que el consumidor racional asume frente a la oferta presentada.

Cuando un anunciante realiza publicidad, busca que la información que transmite llegue a un número amplio de personas, para incentivarlos a que motivados por la misma y decidan aceptar la oferta que se les plantea. En tal sentido es posible que alguna o algunas de las personas que reciben la información, interpreten el contenido de su mensaje en una forma equivocada, irracional o absurda, pero no por ello se puede responsabilizar de dichas interpretaciones al oferente, pues forzarlo a prever todas las interpretaciones, inclusive las más irracionales y absurdas, es obligarlo a lo imposible, lo cual es lógica y jurídicamente incorrecto.

(...)

Para establecer si una pieza publicitaria es susceptible de inducir a error, es importante tener en cuenta el entendimiento racional que el consumidor común o medio le da a los mensajes publicitarios. Lo anterior se explica en razón a que si el error es generalizado, el origen del mismo se encuentra en la información; pero por el contrario, si el error es aislado, la falla en el entendimiento de la información no se encuentra en ésta, sino en los pocos individuos o casos aislados que interpretaron equivocadamente la información, por lo cual el error puede ser atribuible a ellos y no a la comunicación ni al anunciante.

(...)

Así las cosas, el parámetro que universalmente se utiliza para evaluar si un mensaje es o no engañoso, es el del consumidor medio o racional. Este parámetro se fundamenta en la realidad de la forma cómo los consumidores entienden la publicidad, pues parte de la base de reconocer que las personas que reciben los anuncios, realizan un examen superficial de ellos y no uno profundo y detallado. (...)

Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor." Una interpretación adecuada es aquella que busca entender el contenido y las afirmaciones que se hacen en los anuncios en la forma natural y obvia en la que la mayoría del público objetivo al que se dirige la publicidad lo haría. En este orden de ideas, las normas sobre publicidad engañosa buscan que los consumidores a los cuales se dirigen los anuncios, adopten una posición razonable frente a los mismos, dándole a la información que les es transmitida una interpretación natural y obvia, que sin llegar a ser profunda, científica y técnica, les permita separar los elementos puramente creativos, de aquellos objetivamente comprobables y creíbles. (...)

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



Con base en lo anterior, se concluye que para saber si una pieza publicitaria es o no engañosa, se debe partir por establecer si los elementos objetivos del mensaje concuerdan con la realidad del producto y si dicha información es suficiente para que un consumidor racional se forme una idea correcta del bien o servicio que se anuncia. (...)"

(Jaeckel Kovacs Jorge, Publicidad Engañosa: Análisis Comparativo, Boletín Latinoamericano de Competencia, Tomo número 20, junio 2005, tomado de: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_20_1_es.pdf, páginas 59 a 61.)

En relación con los criterios a tener en cuenta para evaluar si una publicidad es engañosa el autor Juan Carlos Villalba Cuellar, en su libro ya mencionado (ver páginas 200 y 201.), ha considerado:

- *"No se necesita que el consumidor haya contratado o se le haya producido un daño, se incurre en la conducta por el solo hecho de haber publicado el mensaje y en este caso la sanción de tipo administrativo se debe imponer.*
- *El análisis del mensaje publicitario se hace desde el punto de vista del consumidor, es decir, se mira el contenido del mensaje que recibió el público consumidor, independientemente de las consideraciones que haga el comerciante o anunciante sobre el anuncio las cuales no tienen relevancia, tales como "eso no fue lo que quisimos decir" o "no debe entenderse de esa forma."*
- *Se debe tener en cuenta siempre a noción de consumidor racional, es decir, en la publicidad se suelen hacer exageraciones que una persona racionalmente puede entender que no es cierta. Por esta razón la publicidad hipérbole y los mensajes de tipo subjetivo no se tienen como engañosos.*
- *El análisis del mensaje no debe ser exclusivamente gramatical, dice García Sais que "el anuncio induce a error si la mayoría de los consumidores lo entienden en un sentido diferente al gramatical"*
- *El análisis que se hace de un anuncio es de carácter integral, no parcializado, se debe examinar la totalidad del anuncio, mensajes sonoros, escritos, gráficos, tal y como lo percibe el consumidor.*
- *El análisis que se hace del anuncio es de carácter superficial, debe tenerse en cuenta que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, por lo tanto no se puede recurrir a interpretaciones forzadas o complejas.*
- *El deber de información será directamente proporcional con el nivel de peligro potencial del producto que se está ofreciendo."*

En relación con la responsabilidad por la publicidad engañosa la doctrina ha considerado:

"(...) la responsabilidad por publicidad engañosa opera con la sola demostración de que la publicidad no corresponde a la realidad o que por ser insuficiente tiene la capacidad de inducir a error o confusión al consumidor. De



igual forma, puede demostrarse que la publicidad ha sido diseñada, preparada o presentada de tal forma, o que ha omitido cierta información importante, que es capaz de producir engaño al consumidor para la adquisición de un producto en unas condiciones determinadas que no son reales. Lo anterior, aunado al hecho de que las causales de exculpación son regladas y limitadas a ciertas circunstancias, la responsabilidad derivada de la publicidad engañosa se puede considerar como una responsabilidad estricta del anunciante. (...)"

(Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñan Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, páginas 93 y 94.)

2.5. En materia de competencia desleal.

La Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud del Decreto 4886 de 2011, mediante el Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial, dependencia de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, se encarga de tramitar las acciones preventivas, declarativas y de condena que los afectados por actos de competencia desleal promuevan ante esta Entidad. También se tramitan ante este Grupo los procesos de Infracción de derechos de Propiedad Industrial.

Lo anterior, en virtud de la competencia asignada por el literal b) del numeral 1 y el literal a) del numeral 3 del artículo 24 del Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012- que habilita el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de esta Superintendencia para tramitar demandas judiciales que se adelantan a través del proceso verbal previsto en el Código General del Proceso, en relación con la violación a las normas relativas a la competencia desleal y en los procesos de infracción de derechos de propiedad industrial.

En ese orden de ideas, en beneficio de todos los que participen en el mercado, todos los actos y conductas de competencia desleal, se encuentran prohibidos.

En primer lugar, se debe abordar el ámbito de aplicación de la ley de competencia desleal (Ley 256 de 1996). En este sentido se ha establecido un ámbito objetivo, un ámbito subjetivo y un ámbito territorial de los cuales pasaremos a ocuparnos.

El ámbito objetivo de aplicación de la ley de competencia desleal establece dos condiciones para considerar un acto como de competencia desleal, esto es, (i) que se realice en el mercado y (ii) que tenga un fin concurrencial. Para el primero se requiere trascendencia real o potencial en el mercado y para el segundo que por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o un tercero.

Ese ámbito objetivo tiene dos excepciones que permiten obviar las anteriores condiciones. La primera es la acción preventiva para que una persona que piense que podría verse afectada por actos de competencia desleal solicite que se evite



la realización de la conducta que aún no se ha perfeccionado o incluso que se prohíba aunque aún no se haya causado daño. La segunda es la violación de secretos que implica que la simple sustracción de una información de aplicación industrial o empresarial que se catalogue de secreta, por medios ilegítimos, configura un comportamiento desleal.

Por su parte, el ámbito subjetivo de aplicación de la ley de competencia desleal enseña que se les 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.

Por último, el ámbito territorial de aplicación de la ley de competencia desleal señala que se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.

Los actos de Competencia Desleal establecidos en la Ley 256 de 1996 son los siguientes:

- Actos de desviación de la clientela
- Actos de desorganización
- Actos de confusión
- Actos de engaño
- Actos de descrédito
- Actos de comparación
- Actos de imitación
- Explotación de la reputación ajena
- Violación de secretos
- Inducción a la ruptura contractual
- Violación de normas
- Pactos desleales de exclusividad

Adicionalmente, es menester advertir que si bien los actos considerados desleales requieren condiciones o elementos especiales para su configuración o estructuración, ello no es impedimento para que se puedan prevenir comportamientos que aunque no perfeccionados, al hacerlo, serán desleales. De esta forma, la acción preventiva puede ser usada bien para prevenir un acto desleal aún no configurado o bien para evitar que dicho comportamiento perfeccionado pueda llegar a producir daño.

2.5.1. Actos de Comparación.

El artículo 13 de la Ley 256 de 1996 establece la siguiente como una conducta constitutiva de competencia desleal:

“ARTÍCULO 13. ACTOS DE COMPARACIÓN. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta Ley, se considera desleal la comparación

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



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.”

De acuerdo con lo anterior, los actos de comparación no se encuentran prohibidos, estos se permiten siempre y cuando no utilicen afirmaciones o indicaciones falsas o incorrectas, no se omitan verdaderas características de los productos, servicios o prestaciones mercantiles objeto de la comparación y lo que se manifieste en la comparación sea comprobable y comparable.

En este sentido, la doctrina ha señalado los siguientes elementos o requisitos para el que una comparación sea sancionada como competencia desleal:

- Que haya efectivamente una comparación: una comparación implica que existan dos extremos, propios o ajenos, y que las dos partes que se comparan sean claramente identificables.
- Que la comparación sea pública: es importante que la comparación tenga trascendencia externa, que esté dirigida al público de consumidores y tenga una intención de influir en las decisiones de mercado a través de dicha comparación.
- Que siempre la comparación sea con un tercero: en situaciones una persona realiza comparaciones entre sus propios productos o servicios; esta conducta no se tipifica en lo que establece el artículo 13 de la Ley 256 de 2017. Para que la conducta se configure como competencia desleal, la comparación tiene que hacerse entre productos o servicios propios con los de un tercero.
- Que la comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, o se omitan verdades: como se mencionó anteriormente, este es uno de los requisitos fundamentales, pues, de no presentarse este elemento, la comparación sería totalmente legal.
- Que se compare con extremos análogos y comprobables: para que pueda existir comparación, los extremos objeto de la comparación tienen que ser semejantes, más no iguales, a tal punto que, en el mercado, uno pueda ser sustituido por el otro.

(De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel, La Competencia Desleal en Colombia un estudio sustantivo de la ley, Universidad Externado de Colombia, 2014, paginas 146-153)

Por ejemplo, si queremos comparar dos medicamentos, “A” y “B”, en donde “A” tiene vitaminas X, Y y Z, y “B” tiene sólo vitaminas X y Y, incurriríamos en actos de comparación constitutivos de competencia desleal si en la publicidad, a favor del medicamento “A”, se afirma que el medicamento “B” únicamente tiene vitamina X; por el contrario, la publicidad comparativa no constituiría competencia desleal si la publicidad, en favor del medicamento “A”, establece que el medicamento “B” solo

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



tiene vitamina X y Y frente al medicamento “A” que tiene X, Y y Z. En el primer caso, se estaría utilizando afirmaciones incorrectas por la omisión de características de “B”, lo que constituye competencia desleal, mientras que en el segundo caso, en la comparación no se está ocultando información, y ésta estaría encaminada a resaltar la presencia de la vitamina Z en el medicamento “A”, la cual no posee el medicamento “B”.

3. CONCLUSIONES.

La Superintendencia de Industria y Comercio, por mandato legal, es la encargada de velar por la libertad económica y la libre competencia, derechos constitucionales, que encuentran límite en el bien común. En este sentido, ésta Superintendencia vigila el cumplimiento de las normas sobre protección de la libre competencia, competencia desleal y protección al consumidor.

En términos de libre competencia, todas aquellas prácticas comerciales que limiten o alteren la libre competencia están prohibidas por mandato legal. Éstas prácticas pueden presentarse en forma de actos o acuerdos anticompetitivos o abuso de la posición dominante, y están señalados en la ley.

Con relación a la protección del consumidor, existe una obligación para con los consumidores de ofrecerles información mínima acerca de productos o servicios, con el fin principal de permitirles tomar decisiones informadas. La responsabilidad por publicidad engañosa recae sobre los proveedores de productos o servicios, y, de ser demostrada la no correspondencia entre la publicidad con la realidad, podrán ser acreedores de sanciones y de acciones jurisdiccionales.

Respecto al tema de competencia desleal, la publicidad comparativa no está prohibida, y se permite siempre y cuando éstas no entreguen información incorrecta o falsa, no omitan verdades, y cuando sean susceptibles de comprobación y comparación. En este sentido, para que un acto de comparación sea considerado como competencia desleal tiene que: i) tener extremos identificables, ii) ser público, iii) comparar con un tercero, iv) que contenga indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, o se omita la verdad, y v) que los extremos comparados sean comparables.

Por último, con los anteriores elementos de juicio, si usted considera que para algún caso particular existe la presencia de una práctica restrictiva de la libre competencia, una publicidad que sea engañosa, o que una publicidad comparativa está configurando competencia desleal, podrá presentar una denuncia ante esta Entidad, adjuntando las pruebas que considere pertinentes para que la Delegatura correspondiente determine si existe mérito suficiente para iniciar una investigación formal.

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 - PBX: (57) 5920400 - Contacto Bogotá: www.sic.gov.co - Bogotá D. C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://serviciosweb.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/ConceptosJuridicos/Conceptos.php>

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: José Andrés Sánchez R.
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

