



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá, D.C., 16 ENF 2015

Sentencia No. - 14

Proceso Abreviado de Competencia Desleal  
Expediente N° 09007276  
Demandante: PRODUCTOS FAMILIA S.A. Vs.  
Demandado: COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por PRODUCTOS FAMILIA S.A. (en adelante: FAMILIA), contra COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A. (en adelante: KIMBERLY), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1. Partes:

**Demandante:** FAMILIA tiene por objeto social, entre otros, el de *"fabricar, investigar, desarrollar y comercializar productos cosméticos, de belleza, implementos de aseo personal, industrial y del hogar, productos desechables a base de pulpa de papel, poliestireno, plástico y demás materiales, y productos similares"* (fls. 2 a 25, cdno. 1).

**Demandado:** KIMBERLY tiene por objeto social, entre otros, *"la fabricación, conversión, comercialización, venta y exportación de lo siguiente: rellenos o guatas enroscadas de celulosa y otra clase de papel; celulosa, materiales no tejidos, incluyendo pero sin que ello implique limitación, tejidos encardados compactos; productos hechos en su totalidad o en parte con cualquiera de los anteriores, incluyendo pero sin que ello implique limitación, productos industriales de limpieza y de la salud, productos para higiene y el cuidado personal, pañales desechables, productos para la incontinencia de adultos, productos para la protección femenina"*, entre otros (fls. 81 a 92, cdno. 1).

#### 1.2. Los hechos de la demanda:

FAMILIA afirmó que participa en el mercado de toallas femeninas en Colombia a través de múltiples líneas de producto identificadas con la marca NOSOTRAS, con una participación de ventas en dicho mercado mayor al 50%.

Indicó que en el mes de octubre de 2007 KIMBERLY lanzó al mercado colombiano su producto de toallas femeninas identificadas bajo la marca KOTEX SUPREME, e informó que desde su lanzamiento hasta la fecha de presentación de la demanda dicho producto ha sido promocionado a través de una campaña publicitaria en la que se usa la frase "7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN, 7 DE CADA 10 MUJERES PREFIEREN LA DE LA CAJITA".

Manifestó respecto de la referida frase, que la misma informa sobre un hecho de mercado, que es susceptible de ser demostrado como cierto o falso, esto es, que el producto que se identifica con la marca KOTEX SUPREME cuenta con una preferencia por parte del 70% de las consumidoras de toallas femeninas, situación a la cual le atribuye la condición de ser falsa y engañosa para las consumidoras de ese tipo de productos, pues, según su dicho, la primera medición de participación de las toallas femeninas identificadas con la marca KOTEX SUPREME en el mercado colombiano corresponde al mes de octubre de 2007, en donde aparece con un 0% de participación en el mercado para dicho producto. Adicionalmente, informó que desde su

✂

ingreso al mercado, hasta la fecha de la presentación de la demanda, el producto KOTEX SUPREME no ha logrado un nivel de participación en el mercado superior al 3%.

Afirmó que por el contrario, en el periodo comprendido entre enero de 2007 y julio de 2008, las toallas femeninas producidas y comercializadas por FAMILIA, identificadas con la marca NOSOTRAS, han contado con un promedio de participación en el mercado que oscila entre el 53% y 56% en producto y entre el 60% y 63% en valor de ventas.

Así las cosas, concluyó que KIMBERLY ha incurrido en los actos desleales de engaño, desviación de clientela, comparación y la prohibición general de la Ley 256 de 1996 con el uso de la frase 7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN para incentivar la venta de las toallas femeninas identificadas con la marca KOTEX SUPREME.

Añadió que mediante comunicación del día 14 de abril de 2008, FAMILIA solicitó a KIMBERLY el cese de la utilización de la frase 7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN, por tratarse de una frase que no es cierta en el contexto del mercado colombiano. Dicha comunicación fue contestada el día 12 de mayo de 2008 por KIMBERLY, quien señaló que la referida frase cuenta con un soporte técnico que la avala. Informó adicionalmente, que ante dicha respuesta el día 1 de octubre de 2008 FAMILIA promovió ante la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria – CONARP, una reclamación dirigida contra KIMBERLY, con el propósito de obtener un concepto en el cual, conforme a las normas del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, se dispusiera si KIMBERLY debía cesar el uso de la frase 7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN por ser ésta una frase no comprobable.

Al respecto, mediante comunicación del día 16 de octubre de 2008, KIMBERLY informó a la CONARP que no participaría del proceso de reclamación iniciado por FAMILIA. Sin embargo, la CONARP emitió el concepto No. 69 de 12 de noviembre de 2008, en el que se señaló que la misma resulta engañosa y no existe sustento comprobado por el responsable de la publicidad, para la afirmación según la cual KOTEX SUPREME es preferido por 7 DE CADA 10 consumidoras.

### 1.3. Pretensiones:

Con base en los anteriores hechos, en ejercicio de la acción declarativa y de condena prevista en el numeral 1º del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, FAMILIA solicitó que se declare que la conducta que imputó a su contraparte resultó contraria a lo dispuesto en los artículos 7 (prohibición general), 8 (desviación de clientela), 11 (engaño) y 13 (comparación) de la Ley 256 de 1996. Pidió, consecuentemente, que se ordene a KIMBERLY a abstenerse de usar en su publicidad la frase 7 DE CADA 10 LA PREFIEREN o cualquier frase que indique la misma idea al consumidor, para incentivar las ventas de toallas femeninas identificadas con la marca KOTEX SUPREME, en cualquier medio, incluidos medios de comunicación escritos, radio, televisión, Internet, publicidad en estantes, vallas, así como que KIMBERLY informe a consumidores reales y potenciales de las toallas femeninas KOTEX SUPREME que tal producto no cuenta con la preferencia de 7 de cada 10 mujeres, a través de los medios de comunicación en donde se haya realizado la publicidad con la referida frase y se condene a la pasiva a indemnizar los perjuicios causados a la actora.

### 1.4. Admisión y contestación de la demanda:

El 30 de enero de 2009 se profirió el Auto No. 113 (fl. 73, cdno. 1), mediante el cual se admitió la demanda presentada por FAMILIA contra KIMBERLY, quien una vez notificada se opuso a la prosperidad de las pretensiones allí formuladas señalando en primer lugar que es falsa la afirmación según la cual la frase 7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN ha sido empleada ininterrumpidamente hasta el 27 de enero de 2009, fecha en que se presentó la demanda, pues la demanda carece de pruebas relativas al uso de la frase en publicidad en periodos posteriores

a abril de 2008.

Indicó además que el mensaje que la demandante entiende como una afirmación de una supuesta "preferencia de una mayoría absoluta" es una errada interpretación del mensaje transmitido a través de la frase en cuestión.

Afirmó que las frases empleadas en publicidad no pueden cuestionarse de forma aislada o fraccionada de los demás elementos de la campaña de la cual hacen parte, puesto que los consumidores racionales no suelen seccionar o decodificar frases sueltas sino que aprecian el anuncio o comercial como un todo, por lo que en el presente asunto debe evaluarse la frase 7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN dentro del contexto de la campaña publicitaria de la cual hace parte y no de forma separada.

Así las cosas, indicó que el mensaje transmitido por la campaña publicitaria no es el que FAMILIA le atribuye, sino que tanto en material impreso como en el difundido por televisión y radio, KIMBERLY hace un claro énfasis en que KOTEX SUPREME es un NUEVO producto, al cual se invita a probar a las destinatarias del mensaje, de las cuales 7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN.

Manifestó entonces, que en ese panorama una consumidora media y racional de productos que componen el mercado de productos de higiene íntima femenina, al ser expuesta a la campaña publicitaria de lanzamiento de KOTEX SUPREME percibirá que hay un nuevo producto denominado KOTEX SUPREME, que es una nueva toalla de higiene femenina, "*ultrafina y extradelgada y que no se siente*" y que 7 DE CADA 10 MUJERES que la han usado manifiestan su preferencia por ésta. Así las cosas, señaló que el mensaje transmitido con la campaña publicitaria del producto KOTEX SUPREME dista mucho respecto del entendimiento que FAMILIA le da a mismo..

### **1.5. Trámite procesal:**

Por medio del Auto No. 6712 del 18 de abril de 2013 (fl. 213, cdno. 3) las partes fueron citadas a la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P. C., diligencia que se llevó a cabo el 15 de mayo de 2013 (fls. 248 a 251; cdno. 3). Mediante Auto No. 14746 del 24 de mayo de 2013 (fls. 3 a 7, cdno. 6) se decretaron las pruebas del proceso y a través de Auto No. 7306 de 24 de febrero de 2014 (fl. 64, cdno. 7) se corrió traslado a las partes para alegar, oportunidad en la que insistieron en las posiciones que habían dejado establecidas en sus respectivos actos de postulación.

## **2. CONSIDERACIONES**

Agotadas las etapas procesales y dado que no se presentan nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

### **2.1. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996:**

El ambito objetivo se verifica el presente caso por cuanto el acto señalado como desleal, que bien puede concretarse en la difusión de un mensaje publicitario a través de medios masivos de comunicación de alcance nacional, es idóneo para mantener o incrementar la participación de KIMBERLY en el mercado.

Respecto de los ámbitos subjetivo y territorial, basta indicar que existe suficiente evidencia de la participación de las partes en el mercado colombiano, en particular, a través de los productos "NOSOTRAS" y "KOTEX SUPREME".

## 2.2. Legitimación:

### 2.2.1. Legitimación por activa.

El artículo 21 de la Ley 256 de 1996 establece que *"cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley"*.

En este asunto se encuentra acreditado que FAMILIA participa en el mercado de las toallas femeninas identificadas bajo el signo NOSOTRAS, circunstancia que evidencia que sus intereses económicos podrían verse afectados por los actos desleales denunciados y que, por lo tanto, se encuentra legitimada por activa.

### 2.2.2. Legitimación por pasiva.

El artículo 22 de la Ley de Competencia Desleal dispone que *"[l]as acciones previstas en el artículo 20 procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal"*.

KIMBERLY, por su parte, está legitimada para soportar la acción en referencia porque está demostrado en el proceso, tanto su participación en el mismo mercado de las toallas femeninas, como la realización de la campaña publicitaria que se acusa como desleal.

## 2.3. El problema jurídico:

El problema jurídico que plantea este caso se concreta en determinar si a través de la campaña publicitaria en la que se usa la frase "7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN" se configuraron los actos desleales de desviación de clientela, engaño, comparación y violación a la cláusula general, teniendo en consideración el sentido y alcance del mensaje difundido por la parte demandada, así como las condiciones en las que esa difusión tuvo lugar y el público objetivo del mensaje.

## 2.4. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales ejecutados por la demandada:

Para efectos de resolver el problema planteado, es importante resaltar lo que este Despacho ha precisado en distintas oportunidades respecto de los criterios a tener en cuenta para la interpretación y análisis de los mensajes publicitarios. Ha dicho:

*"Como es sabido, cualquier análisis (jurídico, técnico, psicológico, etc.) que se haga de una pieza publicitaria y en general de cualquier pieza de comunicación, debe reflejar la forma, el análisis o la interpretación que de la misma hace el consumidor racional o 'común y corriente' a quien se dirige la publicidad. En tal sentido, lo importante de un anuncio publicitario no son las frases o las imágenes en él contenidas, sino el mensaje que se transmite, pues el consumidor no decodifica frases sueltas, sino ideas y mensajes entendidos como un todo y no como una sumatoria de elementos, del cual no pueden fraccionarse y aislarse sus partes para ser analizadas fuera de contexto."*<sup>1</sup>

Sobre esta base, el análisis que supone este caso iniciará resaltando el contenido de la publicidad difundida, luego se evaluarán los soportes aludidos por la parte demandada como fundamento de esa pauta y, posteriormente, se determinará el alcance del mensaje que se puso a disposición de las consumidoras, todo para efectos de verificar si este mensaje encuentra un

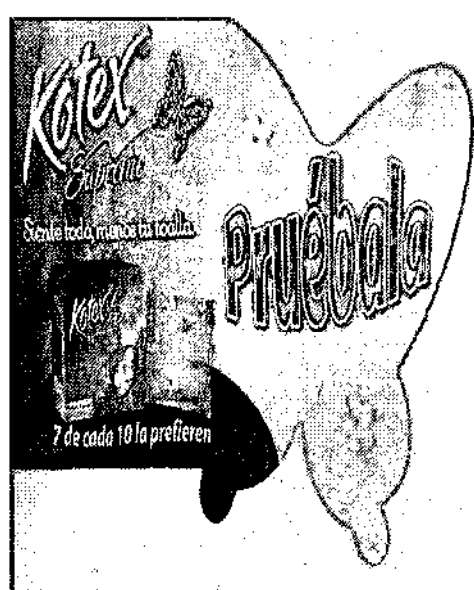
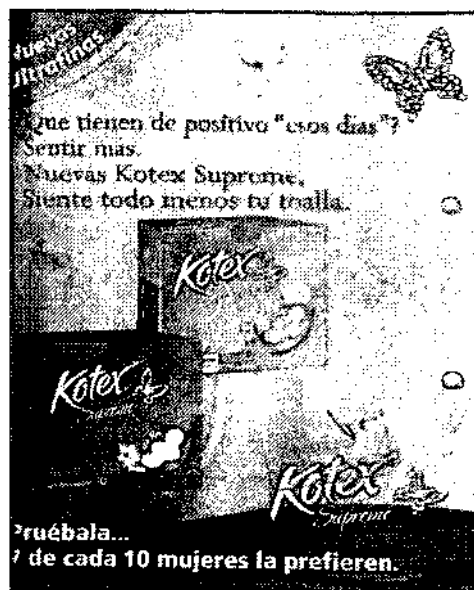
<sup>1</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 0002 de 2006.

X

adecuado sustento en los estudios referidos por KIMBERLY. Precisadas estas circunstancias fácticas, se determinará si se configuraron o no los actos desleales referidos por FAMILIA.

Planteada entonces la metodología con que se estudiará este caso, se debe iniciar resaltando que la publicidad que acá interesa tenía el contenido expreso que se relaciona a continuación:

- En medios impresos (fls. 19, 21, 22 y 23, cdno. 1) la publicidad fue la siguiente:



- En televisión (fl. 17, cdno. 1), fue la siguiente:

"Qué tienen de positivo esos días?  
 Que puedes sentir más  
 En esos días sientes todo más intensamente  
 Puedes disfrutar cada perfume  
 Cada gusto, cada mimo mucho más con la nueva KOTEX SUPREME  
 Su centro azul de absorción evita el contacto del flujo con la piel  
 7 de cada 10 mujeres la prefieren a su toalla actual  
 Por eso haz la prueba

X

Lleva un empaque de tus toallas actuales y te las cambiamos por una caja de 10 unidades de  
**KOTEX SUPREME**  
 Siente todo menos tu toalla”

- En radio (fl. 17, cdno. 1), fue la siguiente:

“Ya probaste la nueva KOTEX SUPREME?  
 Es la toalla más ultradelgada del mercado  
 Su centro azul permite absorber mucho más rápido  
 Manteniéndote más seca y protegida durante todo el día  
 Por eso 7 de cada 10 mujeres la prefieren  
 Pide ya en tu tienda más cercana las nuevas KOTEX SUPREME, las de la cajita  
 Con las nuevas KOTEX SUPREME siente todo menos tu toalla”

De lo anterior se concluye, para lo que aquí interesa, que la publicidad empleada por KIMBERLY contiene las siguientes afirmaciones:

- (i) Que KOTEX SUPREME es un producto nuevo para la higiene femenina.
- (ii) Que el producto KOTEX SUPREME no se siente por cuanto es la toalla más ultradelgada del mercado.
- (iii) Que 7 de cada 10 mujeres prefieren el producto KOTEX SUPREME respecto de su toalla actual.
- (iv) Incluye una invitación para las destinatarias del mensaje consistente en que prueben el nuevo producto.

Precisado el contenido literal de la pauta publicitaria, corresponde verificar los soportes que adujo KIMBERLY para sustentar sus afirmaciones, en particular aquella objeto del debate en el presente proceso, consistente en que 7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN. Dichos soportes corresponden a dos estudios, el primero realizado por APOYO OPINIÓN Y MERCADO, y el segundo elaborado por QUANTA RESEARCH INTERNATIONAL.

Respecto del primero, elaborado entre los meses de agosto y noviembre de 2006, denominado “Prueba de producto de pares comparados OLIVIA” (fls. 116 a 146, cdno. 1), es imprescindible destacar que se trata de un ejercicio realizado en Perú con consumidoras entre 16 a 35 años de edad que, siendo residentes de “Lima Metropolitana”, pertenecen a los sectores socioeconómicos A, B y C (fl. 134, cdno. 1).

En ese sentido, para el Despacho no existen elementos probatorios que permitan predicar del mercado colombiano tales conclusiones, obtenidas en un mercado diferente mediante la participación de consumidoras cuyas condiciones no es posible determinar –en tanto que no existen pruebas que acrediten las implicaciones de ser residente en “Lima Metropolitana” ni tampoco los criterios de estratificación referidos–. Tampoco existen pruebas que permitan verificar algún criterio de equivalencia entre las personas encuestadas y las personas en el contexto del mercado colombiano, de hecho, no se hace referencia alguna a cuáles son las preferencias de consumo de las mujeres colombianas, ni se menciona ciudades o estratos socioeconómicos del mercado colombiano.

Ahora bien, aunque en gracia de discusión se tuviera por cierto que en el Perú 7 de cada 10 mujeres prefieran el producto de KIMBERLY, no existe ningún elemento de juicio para concluir que esa conclusión se haga extensiva al territorio colombiano, máxime si se considera que dicho producto era “nuevo” en el mercado nacional.

X

En consecuencia, el estudio en comento es claramente impertinente para soportar una proclama comercial o "claim" publicitario en el mercado colombiano.

En relación con el segundo estudio, elaborado en octubre de 2007 (fls. 42 a 190, cdno. 6), aunque se trata de un estudio referente al mercado colombiano, cuya metodología empleada consistió en la realización de 250 entrevistas a mujeres residentes en Bogotá y Medellín, pertenecientes a diversos estratos socioeconómicos, para el Despacho existen razones suficientes para concluir que los resultados del estudio en cuestión no podrían sustentar la afirmación publicitaria, difundida a nivel nacional, según la cual 7 DE CADA 10 MUJERES prefieren las toallas KOTEX SUPREME, ya sea que la expresión "preferencia" se interprete en el sentido de que aquel porcentaje de mujeres compra efectivamente el producto, o que dicha expresión se entienda en el sentido de que una vez probada la toalla KOTEX SUPREME las consumidoras las prefieren sobre su marca habitual, que es como la demandada pretende que se interprete.

La conclusión recién anotada encuentra como sustento central el hecho de que ninguna de las preguntas, ni de las respuestas realizadas en el estudio en cuestión realmente se refieren a la preferencia de las consumidoras. En efecto, una vez revisado el estudio efectuado por QUANTA RESEARCH INTERNATIONAL el Despacho no encontró en él ningún aparte que pueda soportar la proclama publicitaria de que 7 DE CADA 10 MUJERES prefieren las toallas KOTEX SUPREME.

Y es que si se tienen en cuenta los "objetivos y metodología" del estudio (fl. 48, cdno. 6), puede advertirse con claridad que no era valorar la preferencia de las consumidoras sino "evaluar el mix del producto dentro de las usuarias del segmento de toallas higiénicas ultrafinas tanto del segmento premium como 'value' para determinar cuál podría ser el precio óptimo de lanzamiento", ejercicio en desarrollo del cual se realizó una "evaluación del concepto, en términos de: agrado, desagrado, intención de compra, novedad y diferenciación; opinión general y relevancia"; así como realizar una evaluación de la percepción del precio a través del modelo denominado *Price Sensitivity Measurement*, una evaluación de los atributos específicos del producto y un ejercicio de evaluación del precio óptimo sobre la base de las variables de marca y precio.

En este sentido, mal podría este Despacho tener como soporte de la proclama publicitaria de que 7 DE CADA 10 MUJERES prefieren las toallas KOTEX SUPREME, un estudio de mercado en donde ni siquiera se pregunta a las entrevistadas sobre la preferencia alegada comercialmente. La pregunta que -aunque lejos- más se acerca al punto objeto de debate es la que se observa a folio 118 del cuaderno 6, en donde se consulta a las entrevistadas la opinión sobre la marca KOTEX en comparación con su marca habitual y a lo cual se respondió en términos de "mucho mejor" o "mejor que su marca habitual", respuestas que, en todo caso, nada le indica al Despacho sobre su preferencia.

Como factor adicional para rechazar el estudio de QUANTA RESEARCH INTERNATIONAL como fundamento de la publicidad bajo estudio, el Despacho debe recordar que las entrevistas que sirvieron como fundamento de las conclusiones expuestas se realizaron únicamente en las ciudades de Bogotá y Medellín, pero, como lo admitió la parte demandada (fl. 5, cdno. 3), la publicidad que acá interesa fue difundida a nivel nacional. Este es un aspecto relevante, en tanto que ninguna prueba se aportó para acreditar que las condiciones de las consumidoras de Bogotá y Medellín son aptas para representar aquellas de las consumidoras del resto del país – lo cual sería al menos discutible si se tienen en cuenta condiciones como la cultura, la idiosincrasia, las costumbres, el clima, etc.–, razón por la cual se debe concluir que, en relación con ese segmento del mercado (resto del país), no se presentó ningún soporte por parte de la sociedad demandada para sustentar la referida afirmación de preferencia.

X

Esta conclusión no podría variar por el contenido del documento obrante a folios 150 a 156 del cuaderno 1, en el que la firma QUANTA RESEARCH INTERNATIONAL adjunta "una explicación más detallada del estudio que se hizo para Kotex Supreme en octubre del 2007", concretamente a folio 156, en donde se afirma que "K. Supreme es preferida sobre la marca habitual (Nosotras) en el 80% de los casos". Varias razones llevan al Despacho a descartar este documento como soporte de la proclama publicitaria de la demandada: (i) se trata de un documento posterior -20 de febrero de 2009- a la puesta en el mercado de las piezas publicitarias objeto de debate - mayo de 2008-, razón por la cual es impertinente y extemporáneo; (ii) se trata de una especie de complementación, adición o explicación, aparentemente conveniente para el presente proceso, de las conclusiones que para este Despacho no se corresponden con los objetivos, metodología, preguntas y respuestas del estudio realizado en 2007 y cuyo contenido completo se puede observar a folios 42 a 190 del cuaderno 6; y (iii) aún si se aceptara en gracia de discusión esta nueva y extemporánea conclusión, la misma haría referencia únicamente a la preferencia de Kotex Supreme frente a Nosotras, pero no frente al resto de las toallas femeninas del mercado, aspecto de especial relevancia porque la pieza publicitaria no hace referencia expresa o exclusiva al producto Nosotras de la demandante.

En conclusión de todo lo expuesto hasta este punto, ninguno de los estudios aportados es idóneo para soportar técnicamente la afirmación consistente en que 7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN.

Claro, como está, el texto del mensaje difundido y la insuficiencia de los soportes presentados para sustentarlo, corresponde ahora determinar el verdadero sentido del mensaje publicitario difundido por KIMBERLY.

Sobre el particular, debe llamarse la atención acerca de que la afirmación consistente en que 7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN tiene, según las partes de este proceso, sentidos diferentes. Así, en concepto de la accionante, la afirmación es percibida por los consumidores en el sentido de que el 70% de las mujeres usan KOTEX SUPREME. Para la demandada, el significado de la expresión es que las mujeres sometidas a una prueba respecto del producto KOTEX SUPREME prefirieron este producto, preferencia que es entendida en el sentido de una elección abstracta que no está relacionada con la compra efectiva del artículo en cuestión.

Para el Despacho es claro que la afirmación divulgada en la publicidad cuestionada, consistente en que 7 DE CADA 10 MUJERES prefieren el producto KOTEX SUPREME, -que era nuevo en el mercado al momento de su emisión-, en las condiciones en que fue difundido, es equivalente a afirmar que un 70% de las mujeres que usan toallas femeninas prefieren KOTEX SUPREME, proclama publicitaria que no encuentra sustento técnico en ninguna de las pruebas practicadas en el proceso, en especial, en los soportes técnicos aportados por la pasiva.

Sobre el particular, es preciso hacer notar que la afirmación 7 DE CADA 10 MUJERES LA PREFIEREN no tiene ningún tipo de aclaración de la que se pueda colegir que la misma se refiere únicamente a aquellas mujeres que han probado el producto, como lo pretende hacer ver la demandada, de donde se sigue, entonces, que la misma se refiere a que 7 de 10 mujeres, es decir, el 70%, prefieren KOTEX SUPREME. Afirmación objetiva que, se reitera, está huérfana de prueba.

Adicionalmente, en este caso, la oración 7 DE CADA 10 MUJERES PREFIEREN KOTEX implica la predilección de esas mujeres -el 70%- por dicho producto respecto de todos los demás productos que compiten en el mercado, pues no hay una determinación de la preferencia frente a otro u otros productos específicos de ese universo. En ese sentido, y dado que la expresión 7 DE CADA 10 MUJERES representa el 70% de todas las mujeres, ha de entenderse que esa preferencia se predica del producto respecto de cualquier otro bien que pudiera reemplazarlo y, por lo tanto, que el resto de los bienes que compitan en ese mercado tendrán una preferencia, por parte de las mujeres, del 30% restante.

ks



Hasta este punto, se ha dejado sentado que el mensaje publicitado por la pasiva significa que el 70% del total de las mujeres prefiere KOTEX SUPREME. Dado que el mensaje materia de análisis se difunde por medios masivos de comunicación y que está dirigido a la consumidora medio de ese tipo de productos -esta conclusión también se fundamenta en el estudio de QUANTA RESEARCH INTERNATIONAL, que acredita que el producto KOTEX SUPREME no solo se dirige al sector *premium*, sino también al denominado *value* (fl. 48 y 135, cdno. 6)-, es absolutamente razonable considerar que dicha consumidora medio le atribuirá el sentido natural y obvio a las expresiones que componen el mensaje publicitario dentro del contexto en el que está siendo sometida a él.

Así las cosas, debe concluirse que si en el mensaje se afirma que un porcentaje de mujeres prefiere KOTEX SUPREME sin que se incluya ninguna otra información adicional al respecto -por ejemplo la realización de un estudio controlado antes del lanzamiento del producto al mercado-, esa preferencia ha debido tener lugar en el escenario en el que normalmente acontece esa elección, esto es, en el mercado, que es donde los productos se ponen a disposición de los consumidores. En el mismo sentido, si en el mensaje se sostiene la comentada preferencia sin otorgar otro dato respecto de la forma en que acontece, es razonable que el consumidor entienda que esa preferencia se materializa en la forma en que normalmente ese tipo de elecciones se materializan en el mercado, esto es, mediante la adquisición del producto elegido.

De todo lo expuesto hasta este punto, es posible plantear las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que es absolutamente razonable que las consumidoras expuestas a la pauta publicitaria la entendieran en el sentido de que un 70% de las mujeres que usan toallas higiénicas prefieren KOTEX SUPREME.

En segundo lugar, que la demandada no aportó ningún soporte válido para sustentar la veracidad de la afirmación 7 DE CADA 10 MUJERES PREFIEREN KOTEX SUPREME, en tanto que los estudios allegados son impertinentes para ese propósito.

Resuelto como ha quedado el entendimiento que las consumidoras podrían otorgarle al anuncio publicitario bajo estudio, es preciso entrar a analizar si el comportamiento de la accionada configuró los comportamientos desleales que se le atribuyen.

#### **2.4.1. Acto desleal de engaño (art. 11, L. 256/96).**

Acorde con el artículo 11º de la Ley 256 de 1996, el acto desleal de engaño se configura por la ejecución de toda conducta "(...) que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos".

Es pertinente precisar que, de acuerdo con la definición legal transcrita, la difusión de información falsa en relación con la actividad o las características de los productos o servicios tiene carácter desleal si es susceptible de inducir a error a sus destinatarios sobre tales aspectos, debiendo ser estos relevantes para la formación de la decisión de compra de los mencionados destinatarios de la información<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 79 de enero 30 de 2012.

Adicionalmente, debe destacarse que, en la medida en que en la norma citada se estableció la configuración del acto desleal de engaño no solo por la realización de un comportamiento que efectivamente induzca en error a los consumidores en relación con los aspectos allí referidos, sino también por la ejecución de una actividad idónea para ese propósito -en tanto que el legislador también consideró engañosas las conductas que tuvieran "por objeto" ese resultado-, es claro que en casos como el que ahora se trata es posible acoger las pretensiones aunque el demandante no demuestre la efectiva inducción a error, pues basta que se acredite la realización de un comportamiento idóneo para generar el engaño en cuestión.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha dejado claro que, en materia de competencia desleal:

*"(...) son tres las etapas que pueden constituir el iter de la competencia desleal: la producción de actos capaces de originar confusión, desviación o desorganización; la efectiva confusión, desviación o desorganización como consecuencia de tales actos, y la generación de perjuicios reales y cuantificables con causa en las situaciones anteriores. Desde luego que la acción que ampara la libre competencia, excluyendo los factores de perturbación (competencia desleal), procede desde la primera etapa con independencia de la efectiva confusión, desviación o desorganización y de la real causación de perjuicios, pues estos sólo son indemnizables en tanto se hayan producido y sean cuantificables en dinero" (se resalta)<sup>3</sup>.*

Por último, es importante precisar que la configuración del acto de engaño se puede perfeccionar aunque la inducción a error verse sobre aspectos propios del agente activo del comportamiento, es decir, cuando -entre otras hipótesis- las indicaciones engañosas se refieran a los productos propios del anunciante.

En efecto, además que la conclusión referida encuentra sustento en la parte final del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, que hace referencia a aspectos como la naturaleza, el modo de fabricación o la cantidad de los productos, sin limitarlos con la condición de ser ajenos, no puede perderse de vista que el artículo 10 bis del Convenio de París, en el que encuentra sustento la norma mencionada según se aprecia en su propio texto y en los antecedentes de su formación, no tiene el condicionamiento que se viene comentando, el que tampoco se encuentra en la dogmática propia de la disciplina de la competencia desleal, dado el bien jurídico que se pretende proteger con la prohibición de engañar al público<sup>4</sup>.

Adicionalmente, ningún sentido tendría que el acto de engaño solo se pudiera configurar si se refiere a atributos que correspondan a prestaciones o iniciativas ajenas, pues además que ese comportamiento -en caso de ser desleal- ya estaría subsumido en las prohibiciones de ejecutar actos de descrédito y comparación, la protección de la libertad en el ejercicio de la decisión de consumo del público exige que se prohíban también los comportamientos que induzcan a error respecto de las prestaciones propias de quien difunde la información, pues este es, de conformidad con las reglas de la experiencia, el medio más común para la ejecución de ese comportamiento reprobable.

Con fundamento en lo expuesto, es claro que el comportamiento de KIMBERLY determinó la configuración del acto desleal de engaño, dadas las siguientes razones:

En primer lugar, ninguna duda cabe acerca de que la pieza publicitaria contiene la afirmación objetiva susceptible de ser demostrada según la cual 7 DE CADA 10 MUJERES PREFIEREN KOTEX SUPREME que, según quedó establecido anteriormente, puede entenderse como que el 70% de las mujeres colombianas prefieren el producto KOTEX SUPREME, afirmación que a la luz de las evidencias analizadas en el proceso es incorrecta, pues los estudios aportados por la

<sup>3</sup> Cas. Civ. Sentencia de diciembre 19 de 1999, exp. 5091.

<sup>4</sup> BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal.



demandada son insuficientes e impertinentes para acreditar la veracidad de la proclama publicitaria, circunstancia a la que debe agregarse que el producto -KOTEX SUPREME- tenía una participación muy inferior al 70% para el momento del anuncio, mientras que las toallas higiénicas de la parte demandante superaban el 50% (fl. 32, cdno. 1).

En segundo lugar, ya está demostrado que la difusión del mensaje publicitario relacionado con las toallas KOTEX SUPREME fue un comportamiento idóneo para generar en sus destinatarios una idea equivocada consistente en que el 70% de las consumidoras preferían dicho producto. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, si bien no obra prueba en el proceso de algún caso de efectiva inducción a error -es decir, la existencia de consumidoras que efectivamente pensaran que KOTEX SUPREME tenía el 70% de preferencia en el mercado- lo verdaderamente relevante es que su difusión generó un riesgo cierto de que las destinatarias de la información fueran inducidas a error.

En tercer lugar, la información engañosa que se analiza se dirigía respecto de la aceptación del producto de la demandada, circunstancia que es apta para generar en las consumidoras ideas equivocadas en relación con las características del producto. Ciertamente, en la medida en que el mensaje indicaba que de cada 10 mujeres 7 preferían KOTEX SUPREME, es claro que las destinatarias de la información podrían concluir que ese nivel de aceptación solo podía estar fundado en las características propias del producto, tales como su calidad, aceptación del producto, precio y demás atributos relevantes de este tipo de artículos.

En cuarto lugar, es razonable concluir que la información sobre las características del producto, en especial aquellas que pueden determinar su amplia aceptación y preferencia en el mercado, son relevantes para la decisión de compra de las consumidoras, puesto que la idea de un éxito en el mercado sin duda es un factor determinante para elegir un producto, en este caso, KOTEX SUPREME, en tanto que su masiva aceptación por las consumidoras sugiere una idea de calidad que puede motivar su adquisición. En este sentido, no cabe duda para el Despacho que alegar la preferencia del 70% de las consumidoras sobre un determinado producto o servicio es un porcentaje de preferencia sumamente representativo.

En consecuencia, en este caso se encuentran verificados todos los elementos que determinan la configuración del acto desleal de engaño en los términos del artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

#### **2.4.2 Del acto desleal de desviación de clientela (art. 8º, L. 256/96).**

Acorde con lo establecido en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996, el acto desleal de desviación de la clientela tiene lugar en los casos en que la conducta del demandado *"tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial"*.

Respecto de la anterior norma transcrita, cumple precisar que resulta necesario para su configuración, aparte de probar que el acto es potencialmente apto para desviar la clientela o que, verificado el hecho, se compruebe que hubo reorientación del consumidor hacia tal o cual actividad, prestación mercantil o establecimiento ajeno, debe acreditarse que la referida desviación -actual o potencial- no sea legítima, esto es, que resulte contraria a los usos honestos y a las sanas costumbres comerciales.

Así, en el presente caso la ocurrencia del acto desleal comentado implicaba demostrar, de un lado, que la clientela atribuible a FAMILIA a través de su producto NOSOTRAS se abstuvo, efectiva o potencialmente, de adquirir o comprar sus productos para luego optar por los ofrecidos por KIMBERLY a través de su producto KOTEX SUPREME y, del otro, que lo anterior se produjo contrariando las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial, es decir, que la parte demandada, contraviniendo los parámetros éticos y morales

que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistó, o al menos ejecutó un comportamiento idóneo para ello, clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen acudido a los productos de la actora.

Pues bien, en el caso *sub examine* si bien no se acreditó que la demandada hubiese llevado a cabo una captación irregular de los clientes de la actora, en tanto que no existe en el expediente dicha evidencia, sí se emitió una publicidad que hubiese podido lograr el efecto de desplazar la clientela de FAMILIA a KIMBERLY, y aun cuando la publicidad bajo estudio no representó para FAMILIA una situación tal que siquiera le llevara a hacer mayores inversiones o le planteara un reto tal que se viese motivada a hacer inversiones cuantiosas para recuperar el mercado perdido, la sola emisión por parte de KIMBERLY de una publicidad soportada sobre bases incorrectas o falsas, genera que se configure el otro elemento necesario para que se tenga por acreditada la infracción del artículo 8° de la Ley 256 de 1996, esto es, contrariando los usos honestos y las sanas costumbres. Porque no actúa de esa manera quien trata de afectar la decisión de compra del consumidor alterando su percepción de manera artificial sobre la oferta.

En concordancia con ello, corresponde declarar también la ocurrencia del acto desleal de desviación de clientela, en tanto que, se reitera, la difusión de la proclama publicitaria de que trata el presente asunto resultó ser potencialmente idónea para desviar la clientela, en este caso, de NOSOTRAS.

#### **2.4.3. Acto desleal de comparación (art. 13°, L. 256/96):**

Establece la norma en mención que "(...) 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 omite las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables" (se subraya).

Al respecto, habrá que señalarse que este Despacho tendrá por no cumplidos los presupuestos del artículo 13° de la Ley 256 de 1996, debido a que no se probó que KIMBERLY en su proclama publicitaria haya comparado su producto KOTEX SUPREME con los productos NOSOTRAS de FAMILIA, presupuesto básico para por lo menos analizar la configuración del presente acto desleal.

#### **2.4.4. Prohibición general (art. 7°, L. 256 de 1996):**

La cláusula general de competencia desleal, prevista en esta norma, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos específicos contemplados en los artículos 8° a 19° de la citada Ley 256, razón por la que la evocación del artículo 7° no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal.

En consecuencia, como las conductas denunciadas configuraron los actos desleales de engaño y desviación de la clientela, según se explicó, no es posible acoger la pretensión fundada en el mencionado artículo 7° de la Ley 256 de 1996.

### **3. Perjuicios:**

En materia de perjuicios, es sabido que la parte interesada en los mismos, en este caso la demandante, tiene la carga de probar su existencia y cuantía, consideración que cobra toda la importancia en casos como el que acá se trata en tanto que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, la declaración de la existencia de un acto de competencia desleal no supone -

indefectiblemente- la causación de un daño patrimonial específicamente a quien denunció su ocurrencia<sup>5</sup>.

En dicho sentido, corresponde precisar que en consonancia con el artículo 177 del C. de P. C., *"incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama, de modo que no le es dado a éste conformarse con probar simplemente el incumplimiento, por parte del demandado, de la obligación genérica o específica de que se trate, puesto que la infracción de la misma no lleva ineludiblemente consigo la producción de perjuicios"*<sup>6</sup>, perjuicio que, para ser indemnizable, debe ser cierto, esto es, *"que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha"*<sup>7</sup>

Puestas de este modo las cosas, sabido es que en el caso *sub lite* correspondía a FAMILIA demostrar la realización de un acto desleal por parte de KIMBERLY (hecho dañoso), el daño que se le ocasionó por la realización de dicho acto desleal y, finalmente, el nexo causal existente entre éstos, a fin de que su pretensión indemnizatoria saliera avante, lo cual no aconteció y, por lo tanto, habrá que denegarla por las siguientes razones:

Aunque ciertamente se acreditó una reducción en las ventas de NOSOTRAS, al tiempo que un incremento en las de KOTEX SUPREME, nada hay en el expediente que indique que tal circunstancia es atribuible a la pieza publicitaria cuya deslealtad por objeto ha sido demostrada.

En efecto, al verificar el Dictamen Pericial rendido, que obra a folios 1 a 40 del cuaderno No. 7 y su respectiva aclaración y complementación, que obra a folios 51 a 62 del mismo cuaderno, el auxiliar de la justicia refirió otras explicaciones que podrían justificar la disminución de utilidades de FAMILIA, que encontró sustentadas en la tendencia a la disminución que se tuvo en aquella época, el comportamiento favorable que se registró en el mes siguiente (junio de 2008), las variaciones anuales con corte al mes supuestamente afectado (mayo de 2008) y el comportamiento del año 2008 y, en adición, nótese que tampoco hay elemento de prueba alguno que descarte que tal disminución obedeció a una respuesta natural del mercado, teniendo en cuenta el ingreso de un nuevo partícipe y, menos aún, que la proclama publicitaria tuvo alguna incidencia en dicho fenómeno.

Así, no hay ninguna prueba que acredite la existencia del nexo de causalidad entre los comportamientos desleales acreditados -por objeto-, con la citada reducción en las ventas de NOSOTRAS, que en el presente caso sería que las consumidoras habituales de dicho producto de la demandante hubieran adquirido el producto KOTEX SUPREME de KIMBERLY porque pensaban que la mayoría de las mujeres lo preferían por sobre cualquier otro.

Finalmente, no podrá considerarse que el dictamen pericial antes indicado, constituye una prueba de ese nexo de causalidad por dos razones:

La primera, porque en el mismo escrito del dictamen no se imputa el incremento de participación en el mercado de KIMBERLY o la disminución de utilidades de FAMILIA a la proclama publicitaria objeto de debate y, la segunda, por cuanto allí tampoco se advierte a qué obedeció el incremento de ventas del producto KOTEX SUPREME -nuevo en el mercado-, a lo que debe agregarse que es absolutamente natural que un agente nuevo obtenga una parte del mercado y, además, no existe en el presente expediente elemento de juicio alguno que le permita a este

<sup>5</sup> Cas. Civ. Sent. de noviembre 19 de 1999, exp. 5091.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 27 de 2001, expediente. 5860.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de mayo 21 de 1998, expediente. 10.479.

Despacho concluir que las usuarias de este tipo de productos compró KOTEX SUPREME porque pensaban que tenían el 70% de aceptación.

#### 4. Agencias en derecho.

En cumplimiento de lo previsto en los artículos 392 y 393, numeral 2° (modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010) del Código de Procedimiento Civil, este Despacho fijará las agencias en derecho correspondientes a la primera instancia del proceso a cargo de la parte demandada, para lo cual se tendrán en cuenta los lineamientos previstos en el artículo 393, numeral 3° del Código de Procedimiento Civil, así como las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo 1887 del 26 de junio del 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 10 de diciembre del 2003.

#### DECISIÓN

En mérito de la expuesto, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** que **COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A.** incurrió en los actos de competencia desleal de desviación de clientela (art. 8 ley 256/96) y de engaño (art. 11 ley 256/96), de conformidad con las razones expuestas.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la sociedad **COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A.** abstenerse de usar en publicidad la frase **7 DE CADA 10 LA PREFIEREN** o cualquier frase que indique la misma idea al consumidor, para incentivar las ventas de toallas femeninas identificadas con la marca **KOTEX SUPREME**, o cualquier otro producto, en cualquier medio, incluidos medios de comunicación escritos, radio, televisión, Internet, publicidad en estantes, vallas.

**TERCERO: DESESTIMAR** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada. Para el efecto se fija por concepto de **Agencias en derecho**, la suma equivalente al cinco por ciento (5%) del valor de la indemnización que se pretendía por parte de la demandante.

En tal virtud, **la suma que se decreta a favor de la parte demandante asciende a la cantidad de quince millones de pesos m/l (\$15.000.000)** a cargo del extremo demandado.

**Secretaría** proceda a liquidar las costas.

#### NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

  
**FELIPE GARCIA PINEDA**