



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

DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá D.C., Treinta y Uno (31) de julio de 2012

Sentencia No. 4230

Expediente No. 09062822

Demandante: Unilever Andina Colombia Ltda.

Demandado: Procter & Gamble Colombia Ltda.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Unilever Andina Colombia Limitada (en adelante: Unilever) contra Procter & Gamble Colombia Ltda. (en adelante: Procter & Gamble), así como de la demanda de reconvención presentada por esta sociedad contra aquella, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1. Los hechos:

1.1.1. Los hechos de la demanda principal:

Adujo Unilever que con el fin de incursionar en el mercado colombiano en el segmento de los shampoo anti-caspa con el producto identificado con la marca "Clear", implementó una estrategia publicitaria constituida con los principales aspectos, parámetros y elementos de las campañas de re-lanzamiento y expectativa seguidas en todo el mundo para la introducción de dicho producto en el mercado. Afirmó que para el desarrollo de tal estrategia empleó una campaña de expectativa fundamentada en un estudio cuantitativo que tenía como finalidad generar dudas e inquietudes en los consumidores, que utilizaba un esquema de comunicación particular identificado con colores, música, locución, caracteres, tipo de letra y estructura de texto singulares, en la que no se mencionaba marca u origen empresarial alguno y la cual se llevó a cabo desde el 1° de junio hasta el 5 de junio de 2009 en los diferentes medios de comunicación, tales como televisión, revistas, periódicos, paraderos de buses y páginas de internet.

Aseguró que Procter & Gamble, con el fin de sabotear la campaña de expectativa descrita y generar confusión en el consumidor sobre la naturaleza del producto promocionado y el origen de la campaña de expectativa, transmitió un comercial en televisión en relación con su shampoo anti-caspa "Head & Shoulders" (en adelante: "H&S"), en el que utilizó *"elementos de movimiento, sonido y música que hacen evidente que el mismo se basa en los conceptos comerciales de Clear"* y demás elementos propios de la campaña tales como el locutor, colores, tipo de letra y estructura de los textos, emitiendo su mensaje en los horarios *"premium de la televisión colombiana"* a pocos días del lanzamiento de la campaña de expectativa de "Clear", lo que daba la impresión en el consumidor de que la pieza de "H&S" era una continuación de la empleada por "Clear".

En adición, manifestó que la pieza publicitaria referida en el párrafo anterior rompió en forma brusca e inexplicable con la campaña que seguía Procter & Gamble en Colombia, cuyo tema era de la caída del pelo equiparado a la caída sufrida en el *ring* de boxeo, comercial en el que predominaban los colores azul y blanco, aspecto al que agregó que la afirmación objetiva contenida en la pieza publicitaria consistente en un dato estadístico no es veraz porque está fundamentada en un estudio realizado en hogares y no a

colombianos en particular, lo que -según indicó- no genera un dato real pues la estadística es sobre grupos familiares y no sobre personas individuales.

Finalmente, Unilever consideró que la conducta de Procter & Gamble fue desleal a la luz de lo establecido en el artículo 7º de la Ley de Competencia Desleal, generó confusión y engaño en el consumidor, desvió su potencial clientela e imitó los elementos propios de su campaña de expectativa con el fin de sabotearla y desviar la atención del consumidor hacia un producto ya presente en el mercado.

1.1.2. Los hechos de la demanda de reconvención:

Manifestó la demandante en reconvención que en mayo de 2009 Unilever ingresó a la categoría de los shampoo anti-caspa en el mercado colombiano a través de su producto "Clear", para lo cual emitió desde el 1º de junio de ese año -como parte de su estrategia de lanzamiento- un comercial de expectativa denominado "*Cortinilla 10 segundos*" que contenía la siguiente afirmación: "*1 de cada 4 colombianos aún sufre de caspa, será que su Shampoo anticaspa no es tan efectivo*". Según indicó, la aseveración contenida en la primera frase no permitía establecer el verdadero sentido del dato estadístico allí expresado, en tanto que no generaba certeza respecto de si ese número de la población colombiana tiene caspa porque su shampoo anti-caspa no es tan efectivo, o porque nunca lo ha usado, o porque no lo utiliza en forma regular.

Agregó que para divulgar la señalada afirmación debió haberse realizado un estudio técnico-clínico que suministrara datos científicos y verificables, no un estudio estadístico fundamentado en un número no representativo de encuestas telefónicas, en la que se indagaba sobre la percepción subjetiva de los encuestados. Afirmó que este dato estadístico erróneo aunado a la segunda frase del comercial inducía a los consumidores a concluir que "*el shampoo anti-caspa que venía utilizando no era tan efectivo o simplemente que el producto nuevo que se iba a lanzar sí representaba una solución para eliminar definitivamente la caspa*", lo que según su parecer, desprestigiaba las demás marcas de shampoo anti-caspa presentes en el mercado.

En adición, sostuvo que en las vallas publicitarias de la campaña de expectativa Unilever incluyó la frase "*Clear elimina la caspa desde la primera lavada*", la cual -según indicó- induce a error al consumidor pues ningún shampoo elimina la caspa sino que únicamente permite desaparecer los signos visibles de la misma, argumento al que agregó que tampoco incluyó en aquel medio de comunicación información esencial y relevante para la decisión de compra del consumidor en la que se advertiera que los efectos del producto estaban relacionados con los signos visibles y condicionados al uso regular del producto.

Según la accionante en reconvención, el día 22 de agosto de 2009 Unilever emitió un nuevo comercial en el cual se afirmaba que "*la caspa siempre vuelve porque su shampoo solo la remueve momentáneamente a la hora del lavado, esta cansado de esto?*", aseveración esta que -como expresó- lleva a considerar que "Clear" genera resultados superiores o más efectivos que los otros shampoo anti-caspa, así como que "*pretende atribuirle ventajas que el producto H&S también posee como lo es la eliminación de los signos visibles de la caspa que previene que la misma regrese, incluso durante los mismos 365 días a que se refiere el comercial*".

Por último, consideró que la conducta de Unilever generó un descredito o denigración del shampoo "H&S", que aunque no fue nombrado en la referida publicidad cuestiona de

manera injustificada su eficacia y beneficios con el fin de desprestigiarlo por ser la marca líder en el mercado colombiano en este segmento, al tiempo que indicó que la demandante engañó al consumidor en relación con las propiedades del producto "Clear", logrando así desviar su clientela.

1.2. Pretensiones:

1.2.1. Pretensiones de la demanda principal:

En ejercicio de la acción declarativa y de condena contemplada en el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, la demandante en acción principal solicitó que se declare que su contraparte incurrió en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11° (engaño) y 14° (imitación) de la mencionada Ley. Consecuencialmente, solicitó que se condenara a la demandada a indemnizar los perjuicios ocasionados por los actos de competencia desleal.

1.2.2. Pretensiones de la demanda de reconvención:

La demandante en reconvención, en ejercicio de la acción declarativa y de condena contemplada en el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, solicitó que se declare que su contraparte ha incurrido en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11° (engaño), 12° (descrédito), 13° (comparación) y 18° (violación de normas) de la mencionada Ley. Consecuencialmente, solicitó que se condenara a la demandada a indemnizar los perjuicios ocasionados por los actos de competencia desleal.

1.3. Admisión y contestación de la demanda principal:

Admitida la demanda mediante auto No. 1148 de 2009 (fl. 64, cdno. 3) y surtida en debida forma la notificación de su auto admisorio, fue contestada por la demandada quien se opuso a las pretensiones manifestando que el comercial denominado "*2 de cada 3 colombianos*" fue concebido y diseñado como una respuesta publicitaria de esta sociedad, frente a una estrategia denigratoria ejercida por parte de Unilever y que afectaba ilegítimamente el reconocimiento de la marca "H&S". Sostuvo que para que la estrategia de respuesta fuera efectiva en términos comunicacionales, "*debía utilizar un vehículo similar al utilizado por el comercial de ataque de Unilever, de modo tal que el consumidor pudiera establecer que se trataba de una respuesta en términos publicitarios*".

Añadió que en el comercial en cuestión utilizó elementos comunes y similares a los que figuran en el comercial de "Clear", pero que también incluyó otros elementos claramente distintivos y predominantes dentro de la pieza publicitaria que le permitían al consumidor identificar que el comercial de "H&S" se trataba de una respuesta publicitaria. Agregó que en su comercial se exaltaban las propiedades de "H&S", lo que descartaba cualquier intento de confusión en el consumidor y además que antes de que saliera ese comercial, Clear ya había revelado la marca y el producto tanto en grandes superficies como en medios publicitarios tales como televisión, revistas, vallas, entre otras a través de sus comerciales "*1 lavada*" y "*6 beneficios*".

Por último, indicó que el comercial realizado era una estrategia comercial válida desde el punto de vista publicitario, en la que no se replicaban de manera idéntica y minuciosa los

elementos de la campaña de expectativa de Clear sino que se utilizaban elementos comunes de la categoría de shampoos, por lo que su conducta no puede ser desleal ni tampoco engañosa en tanto que -según afirmó- se valió de información veraz y completa que permitía a sus destinatarios comprender el mensaje que se estaba transmitiendo.

1.4. Admisión y contestación de la demanda de reconvención:

Admitida la demanda de reconvención mediante auto No. 1630 de 2009 (fl. 212, cdno. 5) y surtida en debida forma la notificación de su auto admisorio, fue contestada por Unilever, quien se opuso a las pretensiones manifestando que la frase “*1 de cada 4 colombianos aún sufre de caspa*” se encuentra debidamente soportada en un estudio estadístico realizado en forma técnica entre 800 encuestados residentes en las 5 principales ciudades del país, el cual solo tenía un índice de error del 3.5.% y un nivel de confianza del 95%, aspecto al que agregó que con ese estudio se pretendía indagar sobre el número de colombianos que aún sufre de caspa y no un hecho clínico.

Señaló que la frase “*será que su shampoo anticaspa no es tan efectivo?*” tiene un soporte técnico sustentado en el estudio antes referenciado y que dicho comercial iba dirigido al 25% de los encuestados que aún sufren de caspa pese a haber utilizado un shampoo anti-caspa como tratamiento del problema, sin que se nombre o cuestione la efectividad de algún competidor o la de “H&S”. Agregó que las afirmaciones utilizadas para la promoción de “Clear” son veraces, pues dicho producto sí elimina la caspa al terminar el lavado y si se usa regularmente sus componentes controlan y evitan que la descamación regrese. Agregó que en todos los medios publicitarios de la campaña se han utilizado las advertencias sobre el uso regular, excepto en las vallas, en las que no se incluyó por no ser conveniente debido a las particularidades propias de este medio.

Finalmente, adujo en relación con el comercial “*la caspa siempre vuelve porque su shampoo solo la remueve momentáneamente a la hora del lavado, está cansado de esto?*”, que dichas afirmaciones no se hacen respecto de un shampoo anti-caspa sino que se compara frente a un shampoo normal, los cuales una vez se han usado por el consumidor no han sido efectivos, sin que en momento alguno se cuestionara la eficacia de “H&S”, razón por la cual no puede considerarse que tal mensaje desprestigie a sus competidores.

1.5. Tramitación conjunta de ambas acciones (actos procesales conjuntos):

Por medio del auto No. 315 de 2009 las partes fueron citadas a la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (fl. 125, cdno. 4), en la cual no se logró un acuerdo que terminara el litigio. Mediante auto No. 934 de 20 de enero de 2010 se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes (fls. 129 a 138, cdno. 4) y, una vez practicadas, mediante el auto No. 13513 de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar, conforme lo dispone el artículo 414 del C. de P. C., oportunidad en la cual la parte demandada en acción principal y demandante en reconvención reiteraron los argumentos expuestos en sus actos de postulación.

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 ámbito objetivo de aplicación de la citada Ley se verifica en el caso de la demanda interesada por Unilever, en tanto que (i) el lanzamiento de una pieza publicitaria presentada de una manera similar y con elementos semejantes a los empleados por un competidor en una campaña de expectativa en la que no se anuncia marca alguna.

(ii) Por su parte el mismo requisito se surte en la demanda de reconvención pues el ofrecimiento de cualidades de un producto mediante afirmaciones tendientes a resaltar sus ventajas frente a las de los competidores, constituyen actos realizados en el mercado que resultan idóneos para incrementar la participación del beneficiado es ese escenario.

Tratándose del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se atiende porque para la época de los hechos de la demanda Unilever participaba en el mercado de la comercialización y venta de productos de aseo e higiene, cuidado personal y cosméticos, particularmente con el producto "Clear", como se desprende de las documentales obrantes en el proceso, en especial con el certificado emitido por Carrefour obrante a folio 135 del cuaderno 10 respecto de la codificación del shampoo "Clear".

Sobre el particular, resta aclarar que no resultan admisibles los argumentos esgrimidos por esta sociedad en la contestación de la demanda de reconvención respecto de la falta de cumplimiento de este requisito, en tanto que se encuentra acreditado que su participación en el mercado colombiano se efectuó con otros productos tales como "Sedal" antes del acaecimiento de los hechos que acá se debaten, debiéndose agregar que de conformidad con el artículo 2° de la Ley 256 de 1996 la participación se predica de la persona jurídica y no del producto y, en todo caso, "Clear" fue comercializado con antelación a la presentación de los comerciales que se aluden en la demanda de reconvención. Aunque, en cualquier caso, los comerciales acreditan la intención de la demandante (demandada en reconvención) en la acción principal de participar en el mercado.

Adicionalmente, Procter & Gamble participa en el mercado mediante el ofrecimiento de productos de aseo, personal, cosméticos y de limpieza, como el shampoo "Head & Shoulders". Finalmente, las conductas denunciadas como constitutivas de competencia desleal produjeron efectos en el mercado colombiano, pues los comerciales y las demás piezas publicitarias fueron transmitidas y exhibidas en el territorio colombiano.

2.2. Legitimación de las partes:

Partiendo de la participación en el mercado de Unilever, es evidente que si un competidor realiza el lanzamiento de una pieza publicitaria en la que se dispone de ciertos elementos que resultan similares a los empleados por la demandante en su campaña de expectativa de "Clear", con el propósito de entorpecer y disimular la entrada de dicho producto en el mercado colombiano truncando así las expectativas respecto de su estrategia publicitaria y, además, aprovechándose de ese esfuerzo, dicha conducta sería idónea para perjudicar o amenazar los intereses económicos de la accionante.

De otra parte, Procter & Gamble está legitimada para soportar la acción de competencia desleal de la referencia en tanto que reconoció que desarrolló la pieza publicitaria "2 de cada 3 colombianos" que tenía elementos similares a los empleados por la demandante y, además, se encuentra acreditado que ésta fue lanzada en medios de comunicación pocos

días después de la presentación de la campaña de expectativa de Unilever en los mismos horarios.

De igual manera, partiendo de la participación de Procter & Gamble en el mercado de shampoo anti-caspa es indiscutible que el ofrecimiento de un producto mediante afirmaciones incorrectas, erróneas, omisivas y que desprestigian la efectividad de los productos propios, constituyen actos idóneos para perjudicar o amenazar los intereses económicos de la accionante. Así mismo, se encuentra acreditado que Unilever está legitimada para soportar la acción de competencia desleal formulada en reconvención, en tanto que se acreditó que emitió los comerciales aludidos en la demanda de reconvención y que empleó las frases acusadas por la demandante, aspectos esenciales dentro del contexto de la contrademanda.

2.3. El problema jurídico:

En el presente caso los problemas jurídicos planteados se concretan en determinar si es desleal (i) de un lado, el lanzamiento de una pieza publicitaria en la que se dispone de ciertos elementos que resultan similares a los empleados por un competidor en una campaña de expectativa en la que no se alude a marca alguna, debiendo analizarse también si dicho comportamiento resulta apto para entorpecer y disimular la entrada de dicho producto en el mercado colombiano, para truncar las expectativas respecto de su estrategia publicitaria y para aprovechar indebidamente del esfuerzo de un competidor.

(ii) De otro lado, se debe estudiar si resulta desleal el ofrecimiento de cualidades de un producto mediante afirmaciones incorrectas, erróneas y omisivas, incluyendo si ese comportamiento le otorga ventajas superiores al producto publicitado frente a los de sus competidores y además afecta la percepción que tengan los consumidores de la efectividad de los artículos en cuestión.

2.4. Hechos probados relevantes para el caso:

Con base en las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, se tiene por cierto lo siguiente:

2.4.1. Hechos probados relacionados con la demanda principal.

2.4.1.1. De conformidad con las declaraciones de Cristina Mantilla, Gerente de Mercado de Unilever (fl. 63, cdno. 7, min. 06:10) y de Mónica Marina Cuesta, Directora Legal de la misma compañía (fl. 222, cdno. 11, min. 6:49), así como con el CD denominado "*video Clear Unilever*", obrante a folio 23 del cuaderno 2, se encuentra acreditado que antes del 2009 sociedades vinculadas a la demandante habían lanzado el producto "Clear" en algunos países del mundo tales como Filipinas, Rusia y Egipto, entre otros, en los cuales se habían empleado campañas publicitarias en las que predominaban el color negro, las letras blancas, la intervención de un locutor con voz gruesa y una música de fondo con tonos de misterio.

2.4.1.2. Para entrar en el mercado colombiano con el producto "Clear" Unilever empleó los elementos utilizados en las campañas publicitarias descritas en el párrafo anterior, acompañados de una campaña de expectativa que fue desarrollada y elaborada con unos 6 meses de antelación al lanzamiento de las piezas publicitarias. Para tales efectos la sociedad demandante entregó a la empresa de publicidad Lowe/SSP3, encargada de la

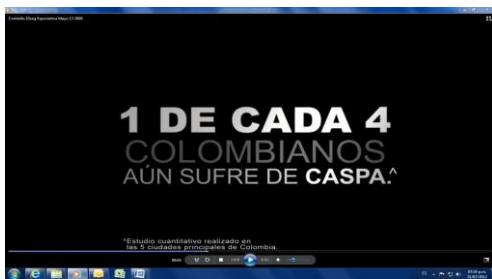
labor creativa de la campaña, un documento denominado “*brief*” que contenía información del producto con unos lineamientos que se tienen que seguir para su lanzamiento y a partir del cual se estructuró la estrategia publicitaria a seguir.

Es del caso agregar que dicha campaña de expectativa tenía como objetivo principal introducir el shampoo “Clear” en el mercado colombiano llamando la atención del consumidor respecto del problema de la caspa, debiéndose indicar que consistió básicamente en la inclusión en dichas piezas publicitarias de un dato estadístico suministrado por Unilever a Lowe/SSP3 según el cual “*1 de cada 4 colombianos aún sufre de caspa*”, aseveración que encuentra sustento en un estudio técnico efectuado por Millward Brown denominado “*Informe Dandruff*”, el cual se abordará en capítulos posteriores.

Lo anterior se puede corroborar con las declaraciones de Patricia Dávila, Directora de Cuenta de Lowe/SSP3 (fl. 41, cdno. 7, min. 03:40), Mónica Marina Cuesta, Directora Legal de Unilever ((fl. 222, cdno. 11, min. 13:50) y de Margarita Olivar, Diseñadora Gráfica de Lowe/SSP3 (fl. 43, cdno. 7, min. 7:34), que resultan del todo conformes con el certificado emitido por el vicepresidente creativo de Lowe/SPP3 respecto del desarrollo de la pieza de expectativa para el lanzamiento de Clear en Colombia (fl. 19, cdno. 2), así como con el estudio estadístico denominado “*Informe Dandruff*”, efectuado por la empresa Millward Brown (fls. 191 a 209, cdno. 2).

2.4.1.3. De acuerdo con las declaraciones de Margarita Olivar (fl. 43, cdno. 7, min. 9:10) y de Carlos López, Director del Servicio al Cliente de Initiative (fl. 80, cdno. 7, min. 2:58 y 17:41), que resultan del todo conformes con la documental obrante a folio 44 del cuaderno 2, se tiene por cierto que la campaña de expectativa mencionada tenía un carácter global, esto es, que estaba compuesta de piezas publicitarias que se emitieron en diversos medios de comunicación tales como televisión, radio, publicidad exterior, impresos, paraderos de buses (eucoles), revistas y periódicos y que, para ello, Unilever ordenó la emisión de pautas publicitarias en canales privados de televisión y contrató con diferentes empresas que tuvieron a cargo la creación de aquellas piezas y la implementación de campañas de medio, como es el caso de las compañías Initiative y Lowe/SSP3. La campaña descrita tuvo un costo aproximado de \$7.000.000.000.

2.4.1.4. Dentro del marco de la campaña de expectativa referenciada Unilever desarrolló un comercial de expectativa para televisión de su shampoo “Clear”, el cual, entre otros rasgos característicos, omitía la mención de marca u origen empresarial alguno, incluía una tonada musical que evoca misterio, un fondo negro en el que se van apareciendo, en caracteres blancos, las palabras que conforman una afirmación acerca de un promedio de colombianos, a modo de sujeto de la oración, en relación con un predicado (“*1 de cada 4 colombianos aún sufre de caspa*”), seguida de una pregunta (“*será que su shampoo anti-caspa no es tan efectivo?*”) y un locutor que con voz grave pronuncia las referidas oraciones a medida en que van apareciendo en la pantalla, elementos que aunque comunes -pues no son objeto de apropiación por parte de empresa alguna-, fueron parte de una labor creativa de un grupo de trabajo que los dispuso con la finalidad de que generara en el consumidor una asociación de ese conjunto con determinado producto u origen empresarial.



Dicho mensaje publicitario fue transmitido en Colombia entre los días 1° y 5 de junio de 2009 a través de canales privados nacionales (Canal Caracol y RCN) en horarios que incluyeron horas de la mañana, la tarde y la noche, según se corrobora con el documento emitido por Ibope obrante a folios 20 a 23 del cuaderno 2, aspecto al que se debe agregar que fue expuesto en revistas y vallas publicitarias (fls. 47 a 196, cdno. 2).

2.4.1.5. De conformidad con las declaraciones de Margarita Olivar (fl. 43, cdno. 7, min. 31:30 y 53:05), Cristina Mantilla (fl. 63, cdno. 7, min. 21:13 y 53:40) y de Carlos López (fl. 80, cdno. 7, min. 29:20), se tiene por cierto que la revelación de la campaña de expectativa tenía como finalidad presentar en el mercado el producto que constituye la solución al problema que se había planteado en las piezas publicitarias, labor que se realizó a través de dos mensajes publicitarios que mencionaban el producto “Clear”.

De un lado, se desarrolló la pieza publicitaria denominada “1 lavada”, en la cual se anunciaba la llegada del producto “Clear” y sus ventajas frente a la caspa y, del otro, se develó la marca por medio de un comercial identificado con el nombre “6 beneficios”, en el cual se describen punto por punto los beneficios del producto Clear frente a la caspa. Resulta imperioso resaltar que ambas piezas publicitarias guardan armonía con la campaña de expectativa en cuanto a los elementos gráficos, colores, tipo de letra, voz del locutor y música empleados en esta, todo con la finalidad de que el consumidor identifique la relación entre dicha campaña y la de revelación de la marca.

2.4.1.6. Se encuentra acreditado, con base en la declaración de Carlos López (fl. 80, cdno. 7, min. 29:20), que resulta del todo conforme con los certificados emitidos por Ibope, obrantes a folios 81 a 83 del cuaderno 3, así como con la documental visible a folios 29 a 39 del cuaderno 2, que las piezas publicitarias “1 lavada” y “6 beneficios” se revelaron en todos los medios de comunicación de manera simultánea (revistas, radio, vallas y televisión) a partir del viernes 5 de junio de 2009.

Es del caso resaltar que del análisis de lo antes expuesto y de los numerales anteriores es viable concluir que Unilever empleó un esfuerzo en su campaña publicitaria para introducir el producto “Clear” en el mercado colombiano, esfuerzo que implicó la elaboración de una estrategia publicitaria y de marketing que cubría a todos los medios de comunicación con una campaña de expectativa global que conllevó -según las declaraciones de la persona antes citada- grandes costos económicos.

2.4.1.7. De conformidad con las manifestaciones efectuadas por la representante legal de Unilever al absolver el interrogatorio de parte (fl. 8, cdno. 11), que se encuentran corroboradas con el certificado emitido por el almacén Carrefour visible a folio 135 del cuaderno 10, se encuentra probado que la comercialización del producto “Clear” inició en el almacén Carrefour desde el 26 de mayo de 2009.

2.4.1.8. Procter & Gamble desarrolló un comercial de televisión para su shampoo anticaspa "H&S" denominado "*Head & Shoulders anticaspa*", el cual reproduce los rasgos característicos del comercial de Unilever denominado "*1 de cada 4 colombianos*".

En efecto, incluye, entre otras cosas, una tonada musical que también evoca misterio, un fondo negro en el que también van apareciendo, con caracteres blancos, las palabras que conforman una afirmación acerca de un promedio de colombianos, a modo de sujeto de la oración, en relación con un predicado ("*2 de cada 3 colombianos que ya lo probaron se quedaron con Head & Shoulders*") seguida de una pregunta ("*eres tú el que falta?*") y la intervención de un locutor que, con voz grave, igualmente similar a la del locutor de la pauta de expectativa de Unilever, pronuncia las referidas oraciones en la medida en que van apareciendo en la pantalla. La anterior descripción del comercial se observa del CD aportado con la demanda, obrante a folio 23 del cuaderno 2.

2.1.4.9. El mensaje publicitario "*Head & Shoulders anticaspa*" fue transmitido desde el día lunes 8 de junio de 2009 en los canales privados de televisión (Caracol y RCN) en horarios de la mañana, la tarde y la noche, similares a los de transmisión del comercial de expectativa de Unilever. Así aparece demostrado de conformidad con el certificado expedido por Ibope y visible a folio 82 del cuaderno 3 y a folios 21 a 22 del cuaderno 2. Teniendo en cuenta la circunstancia descrita, existen elementos de juicio para concluir razonablemente que un grupo de consumidores que los días 1º (lunes) a 4 de junio (jueves) de 2009 estuvieron expuestos al comercial de expectativa de "Clear", al retomar sus actividades normales el lunes 8 de junio se encontraron, por los mismos medios y en los mismos horarios, con el comercial de "H&S" que, debido a las ya resaltadas similitudes con el de aquella pauta, podía ser interpretada como el anuncio de revelación que corresponde al de expectativa que fue referido.

Ciertamente, acorde con las reglas de la experiencia es posible concluir que un porcentaje relevante de la población colombiana varía su rutina habitual los fines de semana, que incluyen los viernes en la noche, sábados y domingos, razón por la cual es normal que efectúen actividades diferentes a las que realizan durante toda la semana laboral, entre ellas, que modifiquen sus horarios destinados al entretenimiento televisivo, sus elecciones en ese contexto e incluso los lugares que visitan. Así, una persona que en desarrollo de sus actividades diarias normales acostumbra ver televisión en horarios "*prime time*", pudo estar expuesta el jueves 4 de junio de 2009 a la publicidad de expectativa de Unilever y, al momento de retomar su rutina, el lunes 8 de junio de la misma anualidad, encontrarse con el comercial de "H&S", pauta que, debido a sus evidentes similitudes con aquella y las circunstancias que rodearon su difusión, podía ser interpretada por esa persona como el comercial de revelación de la campaña de expectativa que lo acompañó toda la semana anterior, entendiendo ambos comerciales como una única campaña publicitaria.

Es por ello que más allá de que dichos comerciales hayan sido transmitidos de manera simultánea o no, como parte de la metodología empleada por la empresa Feed Back Profile S.A., generan una percepción de unicidad en el consumidor.

2.1.4.10. Según las manifestaciones efectuadas por Luis Miguel Prieto, Director de BTL de Leo Burnett (fl. 31, cdno. 7, min. 10:39) y Andrea Guevara, quien para la época de los hechos se desempeñó como Directora de Cuenta de Leo Burnett (fl. 29, cdno. 7, min. 5:10 y 12:03), se encuentra acreditado que el comercial transmitido por Procter & Gamble era una publicidad de respuesta informativa respecto del comercial de expectativa difundido por Unilever, anuncio aquel que empleó elementos similares a los utilizados en la pieza

publicitaria “1 de cada 4 colombianos” para que el consumidor asumiera una conexidad entre este comercial y aquel que generaba una respuesta del competidor.

Como complemento de lo anterior, resulta imperioso resaltar que para el desarrollo del comercial de H&S la sociedad demandada contrató a la empresa de publicidad Leo Burnett, la cual para su elaboración tuvo en cuenta los elementos del comercial de la accionante, tal y como lo manifestó Carlos Domínguez, Director de Audio y Diseño de Sonidos de dicha compañía publicitaria, quien habiendo sido consultado acerca de si “*tuvo en cuenta para ese efecto de esa primera parte del comercial de H&S el tono del comercial de Clear?*”, afirmó que “*sí, claro, lo tuve en cuenta porque teníamos que situar al espectador. Es un comercial de respuesta, me imagino que era para sentar precedente de qué estaba respondiendo el comercial de H&S porque pues uno no puede responder algo que no le han preguntado, entonces con la música se está ayudando a que el oyente diga: respuesta a un comercial*” (fl. 47, cdno. 8, min. 17:28).

Lo anotado en este numeral acredita que el comercial de “H&S” fue inspirado en la campaña de expectativa de “Clear” y que fue una reacción a la misma; sin embargo, más adelante se explicará claramente que la finalidad y el efecto producidos por esta pauta, lejos de corresponder a un comercial de respuesta en el sentido expresado por el testigo, es decir, en un anuncio que el público interpretara como una contestación a otro, fue entendido por los consumidores como la concreción o la revelación del comercial de “Clear”.

2.1.4.11. Según el concepto No. 073 del 13 de julio de 2009, proferido por la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (fls. 62 a 73, cdno. 4), el comercial desarrollado por Procter & Gamble constituye una estrategia comercial válida en tratándose de productos de la misma categoría, pues ante campañas de expectativa -como las que se tratan en este asunto- los competidores en el mercado pueden reaccionar recordando e informando al consumidor sobre la existencia y calidades de sus productos. Para soportar su concepto la Comisión manifestó que “*el contenido del mensaje de Head & Shoulders no implica confusión o denigra el buen nombre de su competencia, siempre que no lo compara o se refiera directamente a él o a sus características, sino que exalta los beneficios de su propio producto, y su posicionamiento dentro de la categoría del shampoo anti-caspa*”.

Al respecto, es menester precisar que el organismo en mención avala el comercial de respuesta como una estrategia publicitaria válida en la que se pueden resaltar las ventajas del producto, sus características y emplear para ello elementos propios de la categoría e, inclusive, recursos como datos estadísticos, aparición de textos, fondos negros, manejo de cifras, colores, etc. Sin embargo, vale anotar que nunca mencionó que aquella práctica fuera legítima en aquellos eventos en los que, en lugar de presentar las ventajas del producto propio, el competidor utilice los mismos lineamientos de otro anunciante para sustituirlo en el lanzamiento de una campaña de expectativa -en la que no se menciona marca alguna- haciéndole creer al consumidor que ambos comerciales hacen parte de la misma campaña.

2.1.4.12. Se encuentra probado, con base en las manifestaciones efectuadas por Luis Miguel Prieto, Director de BTL de Leo Burnett (fl. 31, cdno. 7, min. 32:50), que para la fecha en la que se lanzó la campaña de expectativa del producto “Clear”, Procter & Gamble estaba promocionando su shampoo anticaspa “H&S” con una campaña publicitaria en 2 referencias, por un lado, una que versaba sobre 7 pasos en relación con la

caspa y, por el otro, un anuncio protagonizado por el deportista Oscar de la Hoya, en el cual predominaban los colores blancos y azules y tenía un objetivo sustancialmente diferente al del comercial “*Head & Shoulders anticaspa*”.

2.1.4.13. En el evento en que un comercial de expectativa no incluya la marca para identificación del producto que está promocionando y se efectúe por parte de la competencia un comercial de respuesta a esa campaña de expectativa en el que se alude a un producto específico con una marca en particular o identificando un origen empresarial y con elementos similares, la percepción de tales comerciales generaría en el consumidor la idea equivocada de que aquella campaña de expectativa pertenece a la misma línea de campaña publicitaria del comercial de respuesta, esto es, que este último anuncio es la revelación de aquel, que se trata de una sola campaña.

La anterior anotación se concluye de las declaraciones de Germán Espítia, Creativo General de Leo Burnett (fl. 33, cdno. 7, min. 15:06), quien consultado sobre “*¿Qué pasaría en el supuesto que bien sea el comercial que genera la respuesta o el comercial de respuesta no presenta la marca?*”, manifestó que “*no he visto el primero que haya hecho eso y me parecería rarísimo que la marca que diera respuesta no hiciera eso porque sería una confusión horrible, quedaría como una expectativa rarísima, cuando se responde hay que formar la marca porque no sería recomendado*”.

2.1.4.12. Los hallazgos realizados durante la inspección judicial que tuvo lugar el día 25 de noviembre de 2010 (fls. 3 a 8, cdno. 10), así como la documental obrante a folios 40 a 43 del cuaderno 2, relacionada con el “flash de resultados” del proyecto denominado “Startle Fight”, realizado el día 19 de junio de 2009 por parte de la empresa Feed Back Profile S.A., dan cuenta que los consumidores en general perciben el comercial de expectativa de Unilever “*1 de cada 4 colombianos*” y el comercial de Procter & Gamble como una sola campaña, pues el anuncio de Unilever no hace ninguna referencia a su marca. Dentro del referido estudio se encontraron similitudes en cuanto al mensaje comunicacional empleado en las dos piezas publicitarias, ambos mensajes se centran en el planteamiento de realidades o hechos frente a la caspa a través de cifras y números, se asemejan en los colores empleados, en la voz gruesa, masculina, seria y con un tono imponente, en la forma de las letras y el efecto con el que aparecen en el texto.

Al respecto, vale anotar que dicho estudio merece toda credibilidad y validez, pues al margen de que tales comerciales hayan sido presentados a ese porcentaje de consumidores de manera simultánea, sin que necesariamente eso haya sucedido así en la época de acaecimiento de los hechos, lo cierto es que sí fueron transmitidos en los mismos horarios y en los mismos canales privados de televisión (Caracol y RCN), lo que aunado al hecho de que la expectativa fue transmitida hasta el día jueves 4 de junio de 2009 y el comercial de “H&S” publicitado el día lunes 8 de junio, hace más latente que el consumidor haya pensado que la expectativa de Unilever pertenecía a la campaña publicitaria de “H&S”.

Aunado a ello, debe precisarse que si los consumidores que estuvieron expuestos a los comerciales presentados se confundieron teniendo una mayor probabilidad de identificar las diferencias de cada pieza comercial por cuanto fueron presentados de manera simultánea, con mayor razón se confundiría alguien que vio el comercial de “Clear” el jueves y el de “H&S” el lunes, pues no tuvo esa facilidad de detectar las posibles diferencias entre uno y otro, las que son más fáciles de individualizar si se presentan de forma consecutiva.

2.1.4.13. De conformidad con la documental obrante a folios 86 y 87 del cuaderno 4, se encuentra acreditado que la frase contenida en el comercial denominado "*Head & Shoulders anti-caspa*", que afirmaba que "*2 de cada 3 colombianos lo probaron y se quedaron con Head & Shoulders*", tiene sustento en un estudio elaborado por la empresa Latin Panel que consistió en entrevistas a hogares colombianos en el cual recolectaron y registraron las compras de todos los miembros del hogar. De esta manera, se encuentra probado que el dato estadístico empleado en el comercial aludido resulta ser verídico y fundamentado en un estudio técnico que, además, valga decirlo, no fue controvertido por la parte demandante (demandada en reconvencción).

2.1.4.14. De acuerdo con las declaraciones efectuadas por Cristina Mantilla, Gerente de Mercado de Unilever (fl. 63, cdno. 7, min. 43:48), se encuentra acreditado que el lanzamiento de Clear en Colombia fue muy exitoso y superó ampliamente las expectativas de la sociedad demandante, pues alcanzó 8 puntos en "Scantrac" (que mide las cadenas a nivel nacional semanalmente) en dos semanas y alcanzó en Share 20 puntos de volumen, todo ello a pesar que el objetivo de la compañía era alcanzar 4 puntos de participación en ese lapso.

2.4.2. Hechos probados relacionados con la demanda de reconvencción.

2.4.2.1. Con base en la declaración de Oscar Galindo, Director del Grupo de Trabajo de Investigación de Millward Brown (fl. 68, cdno. 7, min. 12:15), que resulta armónica con la documental obrante a folios 197 a 209 del cuaderno 2 y con los hallazgos de la inspección judicial que se llevó a cabo el pasado 18 de noviembre de 2010, visible a folios 23 a 26 del cuaderno 9, se encuentra acreditado que la afirmación "*1 de cada 4 colombianos aún sufren de caspa*" contenida en la campaña de "Clear" está fundamentada en un estudio técnico cuantitativo elaborado por la empresa Millward Brown que tenía como finalidad determinar el número de colombianos que sufren de caspa. Dicho estudio consistió básicamente en la realización de encuestas telefónicas con aplicación de un cuestionario estructurado a 800 personas, en la que se utilizó un técnica de recolección telefónica consistente en la selección de manera aleatoria de los teléfonos del directorio y cuyo margen de error representaba el 3.5 %.

El estudio arrojó como resultado que 27% de las personas encuestadas actualmente sufren de caspa -que representan un total de 220 personas de las 800 encuestadas-, incluyendo este resultado el margen de error antes mencionado. Así, teniendo en cuenta las precisiones que realizó el testigo mencionado, se tiene que si el universo de personas encuestadas es de 800 y el margen de error es de 3.5.%, esto se puede interpretar como que el valor real es de 23.5 a 30.5% de los encuestados, de manera que el valor promedio más probable es el de la mitad de esos dos extremos, es decir, el 27%. De allí que en la afirmación empleada por Unilever en la campaña de expectativa se utilizará la frase "*1 de cada 4 colombianos*", que perfectamente se encuentra dentro del intervalo referido y que representa un cuarto del número total de encuestados, razón por la que resulta verídico el dato estadístico implementado en aquella pieza publicitaria.

Sin embargo, no puede concluirse lo mismo de la aseveración acompañada del dato estadístico en la que se menciona que ese porcentaje de la población colombiana "*aún sufren de caspa, ¿será que su shampoo anti-caspa no es tan efectivo?*". Lo anterior, puesto que la pregunta realizada a los encuestados consistió en lo siguiente: "*¿sufre usted actualmente de caspa?*", a lo que respondió el 27% de manera afirmativa, circunstancia que evidentemente no corresponde con la frase señalada en el comercial de expectativa

de "Clear", en tanto que el sentido del mensaje comunicacional emitido al consumidor tiene una connotación diferente en una y otra frase.

2.4.2.2. Como parte de la campaña para el lanzamiento del producto "Clear", Unilever empleó la frase "*Clear elimina la caspa desde la primera lavada*" en algunas piezas publicitarias que componían dicha campaña. Lo anterior se puede corroborar con las portadas de las revistas allegadas, obrantes a folios 43 a 46 del cuaderno 5, y con las fotografías de algunas vallas y paraderos de buses (eucoles) expuestos en ciudades como Medellín y Bogotá, visibles a folios 21 a 31 y 48 a 51 del cuaderno 5.

2.4.2.3. De acuerdo con la declaración de Juan Guillermo Chalela, médico cirujano especialista en medicina interna y dermatología (fl. 220, cdno. 11, min. 6:19), "*la caspa científicamente es considerada como el término no técnico que se utiliza para la descamación de la piel cabelluda que técnicamente se llama "Pitiriacis Capitis", que corresponde a un proceso normal porque se refiere al recambio celular que tenemos todos en la piel. Usualmente ese recambio celular se hace aproximadamente cada 80 días, difiere de cada persona según su genética y tipo de piel, eso puede ser una condición normal, pero hay situaciones patológicas que se pueden asociar y se pueden tener como parte de su sintomatología la descamación del cuero cabelludo, puede ser un proceso fisiológico normal o acompañante de un proceso patológico*".

Dentro de este contexto, es del caso resaltar que la caspa, entendida como se ha señalado, no es un concepto idéntico al que refiere al hongo que la origina, denominada Malassezia. La presencia de este hongo en la piel es una circunstancia normal pero se puede volver patológico, es decir, que bajo determinadas circunstancias genera manifestaciones clínicas como la descamación en el cuero cabelludo. Es por ello que el tratamiento anti-caspa más eficaz es aquel contentivo de antimicóticos que luchan contra el hongo de la Malassezia que, si bien puede controlarse, no puede erradicarse definitivamente.

La anterior conclusión se desprende de las declaraciones de Eveleyne Hapert Ziskiend, dermatóloga de la Fundación Santa Fe de Bogotá (fl. 151, cdno 10, min. 52:19), de Carlos Alarcón, licenciado en química (fl. 120. cdno. 1, min. 58:20), que resultan del todo conformes con la documental obrante a folios 54 a 158 del cuaderno 5, referente a estudios científicos realizado por Unilever.

2.4.2.4. Durante el año 2006 el Centro de Innovación de Unilever realizó un estudio con el propósito de entender el proceso de la efectividad de un solo lavado con un shampoo al 1% de peritiona de zinc (componente del shampoo Clear), estudio que se llevó a cabo mediante la realización de un procedimiento técnico y un análisis químico de la Malassezia. Con fundamento en el comentado ejercicio se corroboró que un producto de tales condiciones elimina la caspa visible con una sola lavada, pero que es necesario el uso diario del producto para mantenerla controlada.

Lo anterior se puede corroborar con las declaraciones de Carlos Alarcón, Licenciado en Química (fl. 120. cdno. 1, min. 48:50), quien además afirmó que "*una cosa es la caspa visible, otra cosa es la caspa y otra es la malassezia. La caspa visible es la que la persona puede sentir y ver, la caspa es la resequedad y esas células que se mueren y se quedan adheridas al cuero cabelludo y que luego son desprendidas y esa resequedad son vistas con microscopio y la malassezia es el hongo (...) la caspa visible sí se puede eliminar, porque es cuando la persona ya no la ve, ya no la siente*".

2.4.2.5. Según las afirmaciones realizadas por la doctora Adriana Felissa Motta, médica especialista en dermatología (fl. 1, cdno. 8, min. 37:33), se encuentra acreditado que pueden existir personas que crean que tengan caspa y realmente están padeciendo de una enfermedad del cuero cabelludo. Para tales efectos, es necesario que el médico tratante formule unos medicamentos especiales, pues el shampoo comercial no le brindará los beneficios de controlar la caspa.

2.4.2.6. Con base en el estudio denominado “*Proyecto Winter*” elaborado por la empresa TNSQuanta (fls. 43 a 80, cdno. 6), mediante la realización de entrevistas personales cuyo objetivo consistió en evaluar la efectividad del shampoo “Clear” con consumidores que sufren de caspa y entender la percepción que tiene el consumidor de la caspa, se encuentra probado lo siguiente:

En primer lugar, que un porcentaje mayor de los consumidores entienden que la caspa se caracteriza principalmente por la presencia de escamas visibles en el cuero cabelludo, en los hombros o en la ropa y con comezón. Dicha conclusión se corrobora adicionalmente con las declaraciones de Jorge Castillo, representante en Colombia de la red mundial de Elida Hear Institute (fl. 7, cdno. 8, min. 16:01), Juan Guillermo Chalela, médico cirujano especialista en medicina interna y dermatología (fl. 220, cdno. 11, min. 34:19), Eveleyne Hapert Ziskiend, dermatóloga de la Fundación Santa Fe de Bogotá (fl. 151, cdno. 10, min. 43:09) y Adriana Felissa Motta, médica especialista en dermatología (fl. 1, cdno. 8, min. 13:47), quienes coincidieron en manifestar que las personas relacionan la caspa con las partículas blancas que se ven en el hombro y en el pelo.

En segundo lugar, se acreditó que el 97% de los encuestados afirmó que “Clear” eliminó la caspa visible desde la primera lavada y que, además, les otorgaba propiedades cosméticas en el cabello como la sedosidad, el brillo, suavidad y sensación de limpieza y frescura, a lo que agregaron que sí lo comprarían porque elimina la caspa. Esta anotación encuentra sustento adicional en la declaración de Brian Alexis Caicedo, consumidor de “Clear” (fl. 224, cdno. 11, min. 10:58), quien manifestó que este producto le eliminó la caspa desde la primera lavada.

2.4.2.7. Aunque dentro de las propiedades del producto “Clear” se encuentra la de eliminar la caspa desde la primera lavada, los consumidores entienden que su control para evitar el reaparecimiento de la misma está supeditado al uso regular del shampoo, esto es, que lo continúan usando pese a que desde la primera lavada fue eliminada la caspa.

La anterior conclusión se corrobora con la declaración de Brian Alexis Caicedo (fl. 224, cdno. 11, min. 14:15), quien sostuvo que *“la publicidad decía que la primera lavada quitaba la caspa y evidentemente así paso, pero como te decía para seguir teniendo esos beneficios de que la caspa desaparezca, de la picazón, seguí usando el producto, uso continuo”*, aspecto al que añadió, al ser consultado acerca de si alguna persona le indicó que tenía que seguir usando el producto, que *“no, fue decisión propia porque el producto me da una buena percepción, el producto con la primera lavada funcionó, desaparecieron muchas cosas, si lo sigo usando a largo tiempo voy a tener mayores beneficios”*.

2.4.2.8. De acuerdo con las declaraciones de Andrés Felipe Giraldo (fl. 10 cdno. 10, min. 30:45) y de Carlos Alarcón (fl. 120. cdno. 1, min. 27:31), se tiene por cierto que tanto “Clear” como “H&S” utilizan un componente activo para controlar la caspa, que es peritionato de zinc al 1% y, por consiguiente, la efectividad de aquellos es equiparable siempre que se utilicen constantemente.

2.4.2.9. De conformidad con el “Focus Group” realizado en la campaña de defensa de Procter & Gamble contra la campaña publicitaria del producto “Clear” de Unilever, obrante a folio 162 del cuaderno 5, se tiene por cierto que la afirmación “*Clear elimina la caspa desde la primera lavada*” fue una de las razones fundamentales para que el consumidor probara el nuevo producto, lo que corresponde a una respuesta natural del mercado con la llegada de un nuevo competidor que tuviera un ingreso contundente y, por tanto, resultaba ser una reacción legítima de los consumidores dentro del mercado, más aún cuando efectivamente se corroboró que dicho shampoo sí elimina la caspa desde la primera lavada.

2.4.2.10. De conformidad con la declaración de Carlos López, Director del Servicio al Cliente de Initiative (fl. 80, cdno. 7, min. 24:39), que resulta del todo conforme con la documental obrante a folios 23, 24 y 27 del cuaderno 6, dentro del plan de lanzamiento del producto “Clear” la publicidad exterior (vallas) representó el 0.5% del total de exposiciones que la marca tuvo en todos los medios. Adicionalmente, se acreditó que en la publicidad exterior no puede ubicarse mucha información porque por el tiempo de exposición al que están sometidos los consumidores no hay recordación si hay una publicidad saturada.

2.4.2.11. Según el certificado emitido por Ibope, visible a folios 2 y 3 del cuaderno 7, se encuentra probado que desde el día 21 de agosto de 2009 Unilever transmitió a través de canales privados de televisión (RCN y Caracol) el comercial denominado “Caspá”, en el cual se afirmaba lo siguiente: “*la caspa siempre vuelve porque su shampoo solo la remueve a la hora del lavado, ¿está cansado de esto?. Nuevo potenciado con Clear Tech, no sólo elimina la caspa sino también humecta el cuero cabelludo y previene que la caspa vuelva por 365 días, científicamente comprobado, ¿su shampoo hace eso?*”. Adicionalmente la pauta en cuestión contenía un *disclaimer* que decía “*libre de caspa visible con el uso regular*”.

Sobre el particular, es menester precisar que aun cuando la empresa de publicidad Lowe/SSP3 acreditó por medio de un certificado expedido por su Director de Radio y Televisión que en dicho comercial venía incluido el texto legal “**Shampoo normal*”, el cual aparece en el momento en que el locutor dice “*la caspa siempre vuelve porque su shampoo solo la remueve a la hora del lavado*”, lo cierto es que aquella ni siquiera es perceptible por el consumidor porque a simple vista no se logra apreciar la frase allí contenida.

De esta manera, es claro que el mensaje que recibe el consumidor es que los demás shampoos, específicamente los anti-caspa, teniendo en cuenta que la publicidad de Clear siempre hace referencia a ese segmento de shampoo, no remueven la caspa a la hora del lavado. Por consiguiente, la aclaración alusiva al shampoo natural realmente no tiene la idoneidad para precisarle al consumidor que no se trata de shampoo anti-caspa.

2.5. Análisis de la deslealtad de los actos imputados a la parte demandada y demandante en reconvención:

2.6.1. Cláusula general de competencia desleal denunciada en el escrito de la demanda principal:

La buena fe comercial se ha entendido como la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, “*de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios o, como lo ha establecido este Despacho en pretérita*”

oportunidad, como la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones, que les permite obrar con la conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico”¹.

Atendiendo a las anteriores consideraciones salta a la vista que Procter & Gamble actuó contrariando el principio general de buena fe y las especiales exigencias de honestidad y probidad, pues con la manera en que desarrolló y difundió su comercial “*Head & Shoulders anticaspa*”, esto es, incluyendo los mismos elementos configurativos del anuncio de expectativa de “Clear” y publicándolo de forma tal que los consumidores pudieran percibirlo como la revelación de esta última pieza publicitaria, en especial por la fecha de lanzamiento y la utilización de los mismos canales de televisión nacional y horarios, logró reafirmar su producto “H&S” en la mente de los consumidores en la medida en que ellos entendieron que la campaña de expectativa correspondía a aquel shampoo y, además, se habilitó para desviar la atención de aquellos respecto de la llegada de un nuevo competidor que estaba tratando de entrar al mercado de manera contundente quien, de hecho, pudo haber visto disminuido el impacto de su esfuerzo en virtud de la obstaculización que realizó Procter & Gamble.

Así las cosas, por las condiciones en las que tuvo lugar la difusión del comercial de “H&S”, esto es, efectuada con los elementos (música, colores, intención del locutor, tipografía, etc.) que reproducen el comercial de Clear y presentado en los mismos horarios “*prime de la de televisión colombiana*” en los que fue difundido aquel anuncio, resulta evidente que Procter & Gamble logró aprovecharse del esfuerzo ejecutado por Unilever con la finalidad de reforzar su producto “H&S” en el mercado colombiano y resaltar sus características y propiedades y, de esta manera, obstaculizar a su competidor desviando la atención de los consumidores a su producto “H&S”, lo que indiscutiblemente comporta una práctica contraria a los principios de honorabilidad, lealtad y sinceridad.

Por supuesto, el hecho de que Unilever haya revelado la marca antes de la transmisión del comercial de Procter & Gamble no resulta contundente para descartar la configuración del acto en estudio. En efecto, acorde con lo explicado, la revelación de la marca “Clear” se dio durante el inicio de un fin de semana (5 de junio de 2009), mientras que la aparición del comercial de “H&S” tuvo lugar precisamente al finalizar ese periodo (8 de junio siguiente), de manera que un relevante número de consumidores observaron en una determinada oportunidad el comercial de expectativa y, al momento de presenciar nuevamente una pauta publicitaria de ese tipo, se encontraron con la pieza de la parte demandada principal, situación en la que evidentemente se generó la consecuencia desleal relacionada en el párrafo anterior, esto es, que los consumidores pensaran que el comercial “*Head & Shoulders anticaspa*” era la revelación de la campaña de expectativa que había tenido lugar durante la semana anterior.

Ahora bien, llama la atención la forma en que la parte demandada pretende amparar la comisión de un acto desleal en la práctica de una estrategia publicitaria que, aunque válida, no puede ser distorsionada para ser empleada como una justificación para desatender los deberes de honestidad y lealtad que deben seguir los comerciantes en el mercado. Ciertamente, aunque la llamada publicidad de respuesta permite la utilización de elementos comunes similares a los empleados en otra pieza publicitaria siempre que se resalten los beneficios del propio producto, de ninguna manera un rasgo característico de

¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 3-IP-99, citado en la sentencia No. 006 de junio 15 de 2007, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

esta estrategia publicitaria -el uso de elementos de otro comercial- puede ser empleado con el propósito -evidente en este caso- de que un competidor reemplace a otro en la percepción de los consumidores con el propósito de publicitar su producto aprovechando el esfuerzo y la expectativa generada por otro y, además, para obstaculizar el ingreso al mercado de un nuevo participante.

Sobre el particular es del caso resaltar que si lo que pretendía la demandada principal era reafirmar la efectividad del producto "H&S" en el mercado frente a la llegada de "Clear", pudo haber empleado diversos recursos comunicacionales diferentes que no obstaculizaran la entrada de un nuevo competidor y que no implicaran el aprovechamiento del esfuerzo realizado por este último.

Puestas de este modo las cosas y apreciados, tanto el efecto que generó la conducta de la demandada, como las causas que llevaron a esa situación, es palmario que aquella sociedad mercantil incurrió en el acto desleal de violación a la prohibición general por realizar comportamientos que se apartan de los apenas exigibles a los profesionales del comercio, ajenos y contrarios a la ética y la moral, ausentes de los principios básicos de convivencia como la lealtad y la honestidad.

2.6.2. Desviación de la clientela y confusión (arts. 8º y 10, L. 256/96):

En lo que respecta al acto de confusión contemplado en el artículo 10º de la ley 256 de 1996², resulta pertinente indicar que dentro del concepto del acto desleal en análisis se incluyen tanto los casos en los que "*el consumidor, al adquirir un producto, piensa que está adquiriendo otro*" (confusión directa)³, como aquellos en los que se presenta el denominado riesgo de asociación, que se produce cuando el consumidor reconoce la diferencia entre los productos o servicios de que se trate pero les atribuye, "*en contra de la realidad de los hechos (...) un origen empresarial común*" o "*de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación entre ambas [empresas], ya sean vínculos comerciales, pertenencia al mismo grupo empresarial, etc.*" (confusión indirecta).

Así pues, es claro que en el presente asunto la deslealtad se originó porque se generó la idea en el consumidor de que "H&S" era el producto promocionado en el comercial de expectativa de Unilever; sin embargo, de ninguna manera el consumidor asumió que "H&S" y "Clear" eran un mismo producto o que tenían el mismo origen empresarial, de manera que la conducta imputada a Procter & Gamble, si bien constituye competencia desleal por la violación a la cláusula general, no podría enmarcarse en el acto desleal bajo análisis.

En lo que atañe a la desviación de la clientela establecida en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996, corresponde denegar la declaración de la ocurrencia de este acto desleal en tanto que la demandante ninguna prueba aportó para acreditar que el comportamiento de Procter & Gamble tuvo como efecto desviar la clientela o que su actuación se consideraba potencialmente idónea para configurar el mencionado efecto. De hecho, atendiendo a las especiales circunstancias del caso, en donde se aprecia que lo que pretendía Unilever era la entrada de un nuevo producto al mercado, es evidente que no había configurado una

2 Artículo 10 de la Ley 256 de 1996 "*En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3º del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos*".

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

clientela propia respecto del shampoo "Clear", máxime si se tiene en cuenta que en la campaña de expectativa no hubo mención alguna de marca y origen empresarial, por lo que difícilmente la supuesta clientela pudo haber identificado siquiera producto alguno.

2.6.3. Actos de engaño e imitación (art. 11 y 14, L. 256/96).

En el caso *sub lite* no se demostró que la conducta de la accionada principal hubiera configurado los actos desleales en estudio en los términos de los artículos 11 y 14 de la Ley de Competencia Desleal.

Esta conclusión encuentra fundamento en que la parte demandante no demostró que la información brindada por Procter & Gamble en su comercial de "H&S" fuera equívoca o que hubiera utilizado o difundido indicaciones incorrectas que pudiesen haber hecho incurrir en error a los clientes o consumidores respecto de su shampoo anti-caspa, de hecho de las pruebas obrantes en el expediente se puede corroborar que el dato estadístico incorporado en dicho comercial tiene fuente -veraz, valga decirlo- en un estudio estadístico técnico realizado en hogares colombianos en el cual se recolectaron y registraron las compras de todos los miembros del hogar, que arrojó el resultado registrado en el comercial de "H&S" consistente en la afirmación "*2 de cada 3 colombianos ya lo usaron y se quedaron con H&S*".

En cuanto al acto de imitación alegado, es del caso resaltar que aunque el comercial de "H&S" contiene elementos similares a la pieza publicitaria de "Clear" y la disposición de aquellos elementos fue efectuada bajo los mismos lineamientos de esta última pauta, su reproducción no fue exacta y minuciosa, lo que descarta la configuración de la conducta y, además, aunque se considerara lo contrario, habría que concluir que el comportamiento en cuestión no generó confusión -dadas las razones ya señaladas- ni aprovechamiento de la reputación del shampoo de Unilever, aspecto en relación con el cual debe resaltarse que, en tanto que aún no tenía presencia en el mercado ni se había revelado la marca del producto, no podría gozar de reputación en aquel escenario.

De hecho, la reputación mercantil corresponde a la estima que es ganada por un partícipe del mercado que, en condiciones normales, deriva de su trayectoria en ese escenario, de modo que no puede predicarse respecto de un producto que recién incursionó en el mercado.

2.7. Análisis de la deslealtad de los actos imputados a la parte demandante y demandada en reconvención:

2.7.1. Actos de descrédito y engaño (arts. 11 y 12, L. 256/96).

2.7.1.1. Respecto de la campaña de expectativa "*1 de cada 4 colombianos aún sufren de caspa, será que su shampoo no es tan efectivo?*" y del comercial denominado "*Caspa*" de 30 segundos.

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 256 de 1996: "*(...) se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes*".

Bajo la anterior premisa, es necesario indicar que para que la conducta de un empresario pueda considerarse como “de descrédito” de las prestaciones o actividad empresarial de un competidor, debe realizarse la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas e impertinentes y que resulten aptas objetivamente para perjudicar el prestigio o buen nombre del competidor en el mercado⁴, como en efecto aconteció en este asunto.

Ciertamente, Unilever emitió y divulgó aseveraciones incorrectas que tuvieron como efecto afectar perjudicialmente la imagen de “H&S”. En primer lugar, en este caso no se demostró la veracidad de la afirmación empleada en la campaña de expectativa del producto “Clear” en la que se indica que “1 de cada 4 colombianos aún sufre de caspa”, aspecto sobre el cual debe decirse que no corresponde con las conclusiones del estudio estadístico efectuado por la empresa Millward Brown, pues mientras que esta compañía se limitó a informar el porcentaje de entre los encuestados que actualmente sufren de caspa, Unilever tergiversó esa aseveración y difundió en el mercado otra de significado totalmente diferente y que no fue objeto del estudio referido: el porcentaje de colombianos que **aún** sufren de caspa.

En efecto, existe una disparidad entre el significado de las palabras “aún” y “actualmente”, las cuales empleadas en una frase como la señalada le atribuyen un sentido diferente al mensaje que se pretende comunicar. Acorde con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “aún” es definida como “todavía”, mientras que “actualmente” como “en el tiempo presente”. Así pues, mientras que indicar que un porcentaje de la población colombiana aún sufre de caspa implica que ha sufrido ese problema y que el mismo persiste a pesar de las medidas que hubiera podido adoptar para controlarlo, señalar que actualmente se sufre de caspa necesariamente involucra que hoy en día padece el problema, sin que eso conlleve pensar que antes lo había padecido ni tampoco sugiera la realización de un tratamiento fallido contra dicha condición.

De esta manera, se encuentra que el dato estadístico e informativo -del cual no se discute su veracidad- fue empleado de manera inexacta en la campaña de expectativa de Unilever, lo que genera una percepción diferente en el consumidor respecto del problema de la caspa y, por ende, induce en error a las personas a las que se dirige sobre una característica de los productos que resulta relevante para la decisión de compra del consumidor. Es del caso resaltar que en el evento en que se emplee cierta información que derive de un estudio -cualquiera que sea su clase-, debe corresponder siempre con los hallazgos o conclusiones a las que se hayan llegado, pues una alteración de ella puede conllevar a aplicar una indicación errónea que impacte de manera negativa en el mercado.

Ahora bien, si a lo anotado se suma la siguiente frase “¿será que su shampoo anti-caspa no es tan efectivo?”, la percepción que tiene el consumidor respecto de ese mensaje es que 1 de cada 4 colombianos aún sufren de caspa porque el shampoo anti-caspa que usan no fue efectivo para removerla, circunstancia que sugiere la existencia de un tratamiento fallido, lo cual impacta de manera perjudicial la imagen de los demás shampoos anti-caspa presentes en el mercado y, por lo tanto, la efectividad de “H&S”, considerado el líder de la categoría.

En estas condiciones, dado que no se demostró la veracidad de la afirmación difundida por Unilever, debe considerarse que los criterios que permiten excluir la deslealtad de un acto

⁴ Resolución 32749 de 2004. Exp. 02020504

desacreditante no se presentaron en este caso, es decir, que no se demostró la veracidad, exactitud y pertinencia de la aseveración, aspecto sobre el cual conviene agregar que la efectividad de un shampoo anti-caspa no solo depende de su calidad, sino también de las condiciones en las que es aplicado y las características propias de la persona, quien por no usarlo continuamente o por padecer una enfermedad típica del cuero cabelludo que necesita tratamiento médico, podría no obtener los beneficios que ofrece dicho producto.

En lo que atañe a la pieza publicitaria denominada “*Caspa*” de 30 segundos, es menester precisar que su contenido también es configurativo del acto en estudio. En efecto, nótese que el mensaje comunicacional que transmite la frase “*la caspa siempre vuelve porque su shmapoo solo la remueve a la hora del lavado, ¿está cansado de esto?, nuevo potenciado con Clear Tech, no sólo elimina la caspa sino también humecta el cuero cabelludo y previene que la caspa vuelva por 365 días, científicamente comprobado, ¿su shampoo hace eso?*”, hace creer al consumidor que los demás shampoos anti-caspa presentes en el mercado remueven la caspa solo a la hora del lavado mientras que “Clear” sí elimina el problema, aseveración que resulta inexacta en la medida en que, como se tuvo por demostrado, los demás shampoos también son efectivos para ese propósito, es decir, eliminan la caspa y previenen que regrese con su uso regular.

Desde luego, según quedó acreditado, el componente activo empleado en “H&S” resulta ser el mismo aplicado en “Clear” para remover la caspa, esto es, el peritonato de zinc al 1%; por consiguiente, tanto uno como otro producto remueven la caspa y previenen que regrese con el uso regular. En este sentido, no es cierto que los demás shampoos solo remuevan la caspa a la hora del lavado, como afirmó la demandante en el comercial referenciado, atribuyéndose para sí en condiciones de exclusividad una ventaja que también ostentan los demás productos de la misma categoría, por lo menos, en lo que respecta a “H&S”, con lo cual desacredita las ventajas, los beneficios y calidad propias de ese shampoo.

Debe precisarse que al margen de la inclusión del texto legal “**shampoo normal*” en el comercial referenciado, el cual aparece en el momento en que el locutor dice “*la caspa siempre vuelve porque su shampoo solo la remueve a la hora del lavado*”, lo cierto es que dado el contexto en que se presenta el producto “Clear”, en el que se trata en todas sus piezas publicitarias como un shampoo anti-caspa y, además, que siempre hace alusión a tal segmento del mercado, es viable concluir que los shampoos a los que hace referencia son precisamente los anti-caspa, máxime si se tiene en cuenta que el aviso en cuestión es casi imperceptible.

Con todo, el mensaje comunicacional que indica tal afirmación va dirigido a crear en el consumidor la percepción de que Clear tiene unas características y aptitudes superiores en relación con los demás shampoos anti-caspa del mercado, en tanto que removerá el problema de la caspa no solo a la hora del lavado sino también los 365 días del año, mientras que los demás únicamente tienen esa ventaja a la hora de lavar el cabello; de esta forma, induce a error al consumidor respecto de las cualidades del producto de los demás competidores y, entre ellos, de H&S” que, por demás, también ostenta esas cualidades.

Las anteriores consideraciones llevan a concluir que las pautas publicitarias materia de análisis configuraron el acto desleal de descredito.

2.7.1.3. Respecto de la campaña publicitaria que afirma “Clear elimina la caspa desde la primera lavada”.

Sobre esta particular cuestión, vale acotar que de las pruebas obrantes en el plenario se corroboró que el shampoo “Clear” elimina lo que el consumidor percibe como caspa desde la primera lavada, por consiguiente, la configuración del acto de engaño en relación con este punto no tuvo lugar, en tanto que tales afirmaciones resultan ser acertadas.

Como sustento de lo anterior, es menester recordar que, como se indicó con antelación, el consumidor percibe la caspa como la presencia de escamas visibles en el cuero cabelludo, en los hombros o en la ropa y la asocia principalmente a la hojuela blanca que se encuentra depositada en el cabello y que se hace visible tanto en este como en la ropa. De esta manera, cuando el consumidor nota que aquellas partículas visibles son removidas por un shampoo anti-caspa considera que aquella fue eliminada. Valga aclarar que un consumidor común e informado no diferencia la caspa, de la caspa visible y estas dos de la Malassezia, por lo tanto, si le es informado que determinado producto elimina la caspa su percepción en relación con dicho mensaje siempre estará ligado a las partículas blancas que sobresalen en la ropa, independientemente que se trate de caspa o caspa visible, pues las dos son asimiladas como una misma.

Así las cosas, el mensaje publicitario materia de análisis no defrauda la percepción que del mismo realizan los consumidores, pues les otorga precisamente el contenido de su oferta: desaparecer lo que ellos consideran caspa, al margen de la corrección técnica de la concepción del usuario del producto. En consecuencia, el mensaje transmitido al consumidor es acertado, correcto y verdadero.

Ahora bien, aunque cierto es que lo que el consumidor entiende como caspa es eliminado por “Clear” desde la primera lavada, también lo es que su efectividad en cuanto al control de este problema está condicionada al uso regular del shampoo anti-caspa, circunstancia que, según se desprende de las pruebas del proceso, es advertida en la mayoría de las piezas publicitarias de la campaña de Unilever y que, por demás, es bien conocida por el consumidor, quien apelando a los resultados de la utilización del producto continua su uso para que la caspa no regrese.

Sobre la base de lo anterior, la omisión en las vallas publicitarias y algunos eucoles respecto de la advertencia de que solo el uso regular del producto permite el control de la caspa no resulta suficiente para configurar el acto de engaño, pues además que la afirmación señalada se encuentra incorporada -con las advertencias antes descritas- en todas las demás piezas publicitarias que componen la campaña (televisión, revistas, periódicos, etc.), los medios que ahora se analizan representan un porcentaje mínimo de la estrategia de lanzamiento -un 0.5%- de total de exposiciones en todos los medios, consideraciones a las que se debe agregar que el consumidor entiende que su control está supeditado al uso regular.

Lo anterior encuentra respaldo adicional en el hecho de que según las reglas publicitarias las vallas como medio de comunicación deben usar como máximo 7 palabras con datos muy precisos, dado el tiempo que un conductor está expuesto a la misma, datos que además estaban incorporados en los empaques del producto, según se corroboró.

Puestas de este modo las cosas, se encuentra descartada la configuración del acto desleal de engaño y, por contera, el descrédito, pues se acreditó y verificó -con los estudios

efectuados por Unilever y los testimonios de consumidores- que las propiedades señaladas sí las cumple el producto.

2.7.2. Acto de desviación de la clientela y confusión (art. 8 y 10, L. 256/96).

En el presente asunto, aunque se acreditó que el ingreso al mercado del shampoo “Clear” implicó una reducción en la participación de Procter & Gamble en el segmento de shampoos anti-caspa, lo cierto es que no se comprobó que dicho desplazamiento hubiera estado motivado por las conductas desleales declaradas o por cualquier otra actuación contraria a los parámetros normativos contenidos en el artículo 7° de la Ley de Competencia Desleal Sobre el particular, nótese que ante la entrada al mercado de un nuevo competidor de las calidades de “Clear”, es un efecto natural en ese escenario que los consumidores busquen la nueva opción que se encuentra disponible para ellos, aspecto que encuentra un sustento adicional en que, como se indicó con antelación, los usuarios que cambiaron a “Clear” lo hicieron por las razones anotadas y por la oferta de Unilever acerca de la eliminación de la caspa desde la primera lavada -aseveración legítima, según se explicó-, no porque hubieran considerado a “H&S” un producto ineficaz.

Ahora bien, si a todo lo anotado se adiciona que Procter & Gamble no demostró, como era de su incumbencia (art. 177, C. de P. C.), que Unilever materializó en el mercado una conducta idónea para inducir a los consumidores a error sobre la procedencia empresarial de los productos “Clear” y “H&S” o que por el contrario, aquellos adquirieran el producto “Clear” pensando que se trataba de “H&S”, es claro que la conducta desleal de confusión no puede tenerse por configurada.

2.7.3. Actos de violación de normas (art. 18 L. 256/96).

Conforme al artículo 18 de la Ley 256 de 1996, se considera desleal *“la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica”. La ventaja ha de ser significativa*. De esto se sigue que la configuración de la conducta desleal en comento reclama la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la infracción de una norma diferente a las contempladas en la Ley 256 de 1996; (ii) la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva como consecuencia de la anotada vulneración, y (iii) que esta resulte significativa.

En tal virtud, se establece que no es cualquier tipo de norma vulnerada la que tipifica la conducta que ahora se estudia, sino aquellas que regulan el comportamiento concurrencial de los competidores permitiendo un escenario jurídico en igualdad de condiciones⁵. Ahora bien, para este propósito resulta ineludible precisar la norma que se considera violada, probar su infracción y acreditar que con ocasión de esa vulneración el participante en el mercado obtuvo un provecho.

⁵*“la delimitación de la noción de <<norma reguladora de la actividad comercial>>, ha suscitado un intenso debate a la hora de determinar el tipo de normas que abarca. Si en un principio se consideró que para su calificación como tales debía analizarse la finalidad de la norma en cuestión, esto es, si la norma vulnerada perseguía la protección de la libre competencia, en la actualidad se ha optado por entender que lo relevante es el contenido de la norma infringida, esto es, que regule el comportamiento concurrencial de los competidores, lo haga o no para garantizar el buen funcionamiento del mercado, pues el legislador puede tener razones de distinta índole para limitar la libre competencia y la vulneración de tales normas reguladoras constituye un acto de competencia desleal pues afecta directamente al modo en que los operadores de ese sector regulado ejercen su actividad.”* Martínez Sanz Fernando, Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal, Tecnos. 2009. Págs. 263 y 264.

En el presente caso, Procter & Gamble estimó como violado el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982⁶, es decir, indicó la disposición que en su sentir se encuentra infringida con la conducta de Unilever. Sin embargo, en este caso impera denegar la declaración del acto desleal previsto en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 porque de acuerdo con el material probatorio recaudado no es posible colegir que las demandadas hayan vulnerado el contenido del artículo 14 del Decreto 3466 de 1982.

En efecto, nótese que la norma hace referencia a la información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público, la cual deberá ser veraz y eficiente, no obstante, dicha circunstancia no se encuentra en discusión, pues, de hecho, se acreditó que el producto “Clear” cumple con los beneficios que ofrece al consumidor en tanto que elimina la caspa desde la primera lavada y además, brinda al cabello las ventajas cosméticas aludidas en sus piezas publicitaria. Por lo tanto, cumple con los requerimientos propios establecidos en la normatividad citada y no se configura el acto desleal en análisis.

.7.4. Acto de comparación (art. 13 L. 256/96).

De conformidad con artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal, *“sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta Ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no se análogos, ni comprobables”*.

Y, precisamente lo antes expuesto tiene cabida en el presente asunto pues aunque el comercial denominado “Caspa” no alude a marca u origen empresarial alguno, resulta evidente, por las especiales condiciones del caso, que este hacía referencia al segmento de los shampoo anti-caspa, en primer lugar, por el contexto en que se presenta el producto “Clear”, en el que se trata en todas sus piezas publicitarias como un shampoo anti-caspa y, en segundo lugar, porque siempre hace alusión a tal segmento del mercado, enviando un mensaje comunicacional al consumidor, quien concluirá que “Clear” remueve el problema de la caspa no solo a la hora del lavado sino también durante 365 días, mientras que el shampoo anti-caspa que usa no tiene estas atribuciones ni características.

Justamente, en lo que atañe a este punto resulta menester precisar en cuanto a este tipo desleal que *“el elemento característico de estas se basa en el enfrentamiento que se exponga acerca de las características objetivas de dos o más ofertas pertenecientes a distintos oferentes, los cuales también deben ser identificados o identificables”*⁷, lo que implica, de un lado, que en la información que se transmita se plantee un enfrentamiento

6 Artículo 14o. Marcas, leyendas y propagandas:

Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad e idoneidad hayan sido registradas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3o. a 7o. del presente decreto, o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, aunque no haya habido registro, las marcas o leyendas que se exhiban en dichos productos, al igual que toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializada, según el caso.

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 32749 de diciembre de 2004.

que necesariamente debe versar sobre aspectos objetivos y comprobables y, de otro lado, que en la pieza de comunicación comercial se encuentre identificado o sea identificable por los receptores de esta, la persona, la marca, el producto, o el servicio que se está enfrentado con la oferta propia”.

Las condiciones señaladas se cumplen en el presente caso pues, en primer lugar, la información relacionada con la efectividad de un shampoo anti-caspa es un dato objetivo y comprobable y, en segundo lugar, en este caso es identificable al menos uno de los objetos de comparación mencionados en la publicidad de “Clear”, pues “H&S” es el líder de la categoría. Así las cosas, como el anuncio de “Clear” realizó indicaciones inexactas que perjudicaron la imagen del producto con el que era comparado, pues la efectividad de los dos productos es equiparable, es evidente que se configuró la conducta desleal en estudio.

2.7.5. Cláusula general de competencia desleal (art. 7, L. 256/96).

Finalmente, dado que la conducta de Unilever resultó constitutiva de los actos desleales de descrédito y comparación, acorde con lo que este Despacho ha dejado establecido reiteradamente, resulta improcedente analizarla a la luz de las previsiones de la cláusula general de competencia desleal.

2.8. Objeción a los dictámenes periciales.

2.8.1. Respecto del dictamen encomendando al auxiliar José María del Castillo relacionado con la valoración de la marca “H&S” como activo intangible.

Para sustentar la objeción por error grave al dictamen pericial rendido, Unilever indicó que el perito basó su dictamen en documentos que se refieren a la situación de Procter & Gamble Co., sociedad cuya existencia y representación no se ha acreditado en el proceso, empleando en sus respuestas el valor de la marca “H&S” a partir de una valoración en libros que originalmente corresponden a la marca global. De esta manera señaló que *“mal puede hacerse una abstracción de los estados financieros de una sociedad cuya existencia y representación ni siquiera se ha acreditado para fundamentar en dicho valor un supuesto Good Will”*. En adición, arguyó que *“el perito reconoció que no hay un valor declarado en los estados financieros de la sociedad demandada sobre sus intangibles, incluyendo dentro de estos a las marcas y Good Will”*, es por ello que -según manifestó- el auxiliar no podía siquiera tasar el valor de la marca, a lo que agregó que, además de basarse en información financiera de otra sociedad partió de la idea equivocada de que la marca es una vida indeterminada, pues en Colombia aquellas tienen una vigencia de 10 años.

A propósito de la objeción por error grave, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil⁸, *“reiterando doctrina precedente (CCXXV, segunda parte, p. 455), ha establecido que “(...) los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos” (G. J. Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y*

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de 8 de septiembre de 1993, CCXXV, segunda parte, p. 455.

estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven”.

Así pues, atendiendo a las anteriores consideraciones es imperioso concluir que la referida objeción prosperará, en tanto que revisados los fundamentos del dictamen se observa que el perito como sustento de cada punto del cuestionario del dictamen pericial empleó información financiera de Procter & Gamble Co., sociedad que, valga decirlo, ostenta una personería jurídica diferente de la sociedad que hace parte de este proceso y, por ende, tiene un patrimonio financiero autónomo que difiere del consolidado financiero de Procter & Gamble Colombia, lo que conlleva a concluir que los resultados de dicho dictamen son erróneos pues se partió de un objeto de observación y estudio algo totalmente diferente a lo que es materia del dictamen tal y como lo es la información financiera de otra sociedad.

En efecto, de conformidad con la documental obrante a folios 156 a 176 del cuaderno 11, se corroboró que las bases utilizadas para la realización del dictamen pericial provienen de un documento en idioma inglés denominado “*form 8k- Procter & Gamble Company*”, debiéndose agregar, para tales efectos, que para hacer la valoración del good will de la marca “H&S” en Colombia antes del mes de junio de 2009 y después de la presencia de “Clear” en el mercado el referido auxiliar partió de la información disponible en la nota 2 de los estados financieros consolidados de Procter & Gamble Co. De igual manera, acogió la participación de “H&S” en el mercado global, información que también fue obtenida de los balances y estados de resultados de la sociedad extranjera.

De esta manera, es evidente que las bases utilizadas fueron incorrectas pues la información que se debía emplear debía ser necesariamente las de la sociedad demandada (demandante en reconvención) considerando que se trata de una sociedad independiente con una personería jurídica distinta a la de su matriz o controlante y que registra un valor intangible de la marca que difiere de cada subsidiaria o inclusive de su controlante dependiendo del país que se trate. Por lo anterior, la objeción prospera.

2.8.2. Respecto del dictamen encomendando al auxiliar Jorge Baquero Rodríguez relacionado con la participación en el mercado del producto “H&S”.

Sobre esta particular cuestión la parte demandante (demandada en reconvención) fundó su objeción principalmente en que el perito basó su dictamen en un mercado distinto de aquel que le correspondía analizar ya que se refirió indistintamente a los mercados del shampoo y al segmento de los anti-caspa y no al mercado de los productos anti-caspa, el cual -según indicó- debió haber sido determinado para poder efectuar el cálculo ordenado, pues segmento y mercado no se encuentra bajo el mismo contexto conceptual. Igualmente, consideró que los datos de Nielsen en que se fundamentó no contienen todos los partícipes del mercado ni incluyen todos los canales de la comercialización del mismo, agregando que el auxiliar de justicia fue parcial y que los comerciales tenidos en cuenta para la evaluación de costos en que incurrió Procter & Gamble como estrategia de respuesta no fueron limitados para determinar hasta cuándo se había extendido dicha estrategia.

De esta forma y atendiendo a las consideración expuesta en relación con la objeción por error grave cumple advertir que la presente objeción no prosperará por cuanto las bases del perito no fueron equivocadas. Como sustento de lo anterior hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, resulta pertinente indicar que la labor encomendada al perito de acuerdo con lo establecido en la posesión del mismo, tenía como objetivo “*determinar los perjuicios económicos en participación en el mercado y los costos en que tuvo que incurrir P&G con los hechos de la demanda, así como la posible afectación o deterioro económico sufrido por H&S*”. Así pues, su función principalísima era determinar o tasar los perjuicios y la participación en el mercado tanto del shampoo “Clear” como el de “H&S”, más no la determinación del mercado del shampoo anti-caspa, información que el perito podía obtener, de acuerdo a sus conocimientos en dicha ciencia, de todos los medios que considerara idóneo para responder la labor encomendada.

En segundo lugar, la determinación de la participación a la que se hizo referencia se efectuó de conformidad con los lineamientos preestablecidos, pues -según se corroboró- el auxiliar de justicia realizó su cálculo teniendo en cuenta el mercado de los shampoos anti-caspa acudiendo, entre otros, al documento denominado “*market measurements- topsheet (share trend) report*”, en el que se evidencia los puntos de participación de cada shampoo anti-caspa presente en el mercado colombiano entre los años 2007 a 2010, con independencia de la denominación que le haya dado el perito a esta fuente, en tanto que ya sea segmento o mercado, lo cierto es que aquella definía la participación de los shampoos anti-caspa, que para el caso es lo que interesa. Valga anotar que al margen de lo que defina los estudios de Nielsen, esta es fue considerada una herramienta válida por el perito para la elaboración de su experticia y su validez no está en discusión, por lo tanto, resulta ser una base sólida y correcta.

Por último, basta indicar que los demás argumentos de Unilever no van más allá de poner en tela de juicio la confiabilidad del dictamen mismo y, específicamente, las conclusiones a las que llegó el perito respecto de su elaboración, situación que no comporta que el dictamen tenga bases equivocadas o que el perito haya cambiado las cualidades propias del objeto examinado, ni sus atributos, por otras que no tiene, de tal manera que sus errores sean de la magnitud advertida, debiéndose agregar que la conclusión de los costos en que incurrió Procter & Gamble resulta tener bases correctas, otra cosa es que aquellas no tenían una limitación en el tiempo en relación con la estrategia implementada.

2.9. Pretensión indemnizatoria.

Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil, que resulta pertinente en tanto que las normas sobre competencia desleal son entendidas como una especie de aquella⁹, ha precisado el papel principalísimo del daño en la conformación de la estructura de la comentada institución, en tal sentido ha sostenido que el perjuicio 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” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. de mayo 21 de 1998, exp. 10.479).

Partiendo de lo anterior, es del caso resaltar que pese a la declaración de violación de la prohibición general por parte de Procter & Gamble existen pruebas suficientes que permiten colegir que la demandante (demandada en reconvención) no sufrió perjuicio alguno como consecuencia de la conducta efectuada por aquella sociedad.

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 004 de julio 29 de 2008.

En efecto, como se acreditó, Unilever tenía como objetivo con la campaña de expectativa ganar 4 puntos de participación en el mercado colombiano en relación con el producto "Clear", sin embargo, la participación se incrementó en 8 puntos en dos semanas en Scantrac y alcanzó en "Share" o cuota del mercado unos 20 puntos, superando así las expectativas de participación. De esta manera, es evidente que la conducta ejecutada por Procter & Gamble aunque provechosa de su esfuerzo y, por ende desleal, no tuvo como efecto truncar las expectativas de participación del producto "Clear" en el mercado, cuyo lanzamiento, además, fue considerado exitoso en relación con los otros productos de la empresa Unilever en el mercado colombiano, como es el caso de "Sedal".

En lo que atañe a aquella prueba consistente en certificado emitido por la firma Price Waterhouse Coopers, revisores fiscales de Unilever, en la que se evidencia una serie de costos asumidos por esta sociedad desde 2009 y que según la demandante, se trata de sobrecostos en los que tuvo que incurrir por la conducta desleal de Procter & Gamble, resulta pertinente indicar que no existe prueba alguna que permita colegir que esas erogaciones tenían como objetivo contrarrestar los efectos del comercial de "H&S" o que, por el contrario, se trataban de costos que se encontraban presupuestados para el lanzamiento del producto "Clear", por consiguiente, en lo que a esto respecta no existe certeza del perjuicio causado.

En consecuencia, no hay lugar a condena por perjuicios, pues aquellos no se causaron.

Ahora bien, en lo que respecta a los perjuicios causados a Procter & Gamble, es del caso resaltar que en este asunto corresponde denegar la pretensión indemnizatoria incoada porque aquella sociedad no demostró que haya sufrido una merma inmediata en su patrimonio -daño emergente-, ni que hubiera dejado de percibir ganancias ciertas con ocasión de la conducta desleal realizada por su contraparte -lucro cesante-.

Ciertamente, el dictamen pericial efectuado por el perito Jorge Baquero no puede ser tenido en cuenta para estos efectos, pues aquel determinó -con certeza- una disminución en la participación del producto "H&S" y, por ende, en las ventas del mismo por un valor de \$1.230.823.523, efecto que coincidió con la entrada del producto "Clear". Sin embargo, ningún elemento de juicio permite establecer que la disminución en cuestión hubiera respondido a las conductas desleales realizadas por Unilever y no a una respuesta natural del mercado ante el ingreso de un competidor nuevo con la capacidad de impacto de la demandada en reconvención, aspecto que ya fue analizado con antelación.

En resumen, aunque obviamente la entrada al mercado de "Clear" impactó a "H&S", los elementos probatorios resaltados con antelación, que permiten tener por demostrado que el desplazamiento de clientela a favor de Unilever estuvo basado en el interés que despertó el nuevo producto en los consumidores y, de ninguna manera, en una imagen perjudicial que la campaña de aquella sociedad hubiera podido generar en el shampoo de Procter & Gamble, son aspectos suficientes para concluir que no está demostrado que la conducta desleal hubiera generado un perjuicio a la demandante en reconvención, argumentos que también permiten afirmar que los gastos de publicidad posteriores en los que se incurrió para "H&S" con el propósito de enfrentar al nuevo competidor respondieron a una consecuencia natural de la llegada del mismo, no a los actos declarados como contrarios a las normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por el artículo 24 de la ley 1564 de 2012, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

1. Declarar que la sociedad Procter & Gamble Colombia Ltda. incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7° (cláusula general) la Ley 256 de 1996.

2. Declarar que la sociedad Unilever Andina Colombia Limitada incurrió en los actos de competencia desleal previsto en los artículos 11° (descredito) y 13° (comparación) de la Ley 256 de 1996.

3. Declarar probada la objeción por error grave respecto del dictamen pericial del perito Jose María del Castillo.

4. Declarar no probada la objeción por error grave respecto del dictamen pericial del perito Jorge Baquero Rodríguez.

5. Denegar las pretensiones elevadas por Unilever Andina Colombia Ltda. en relación con los actos desleales contenidos en los artículos 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11 (engaño) y 14 (imitación) de la Ley 256 de 1996, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.

6. Denegar las pretensiones elevadas por la Procter & Gamble Colombia Ltda. en relación con los actos desleales contenidos en los artículos 7° (cláusula general), 8° (desviación de la clientela), 10° (confusión), 11 (engaño), 14 (imitación) y 18 (violación de normas) de la Ley 256 de 1996, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.

7. Condenar en costas a la parte demandada Procter & Gamble en relación con la demanda principal.

8. Condenar en costas a la parte demandada Unilever Andina Colombia Ltda. en relación con la demanda de reconvención.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ