

**ALCANCE DE LA LEY 256 DE 1996 FRENTE A LA PUBLICIDAD DESLEAL
EN COLOMBIA**



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2012

**ALCANCE DE LA LEY 256 DE 1996 FRENTE A LA PUBLICIDAD DESLEAL
EN COLOMBIA**

Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado

JUAN SEBASTIÁN RESTREPO GUERRERO

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO.

Director de Trabajo de Grado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2012

NOTA DE ADVERTENCIA:

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de julio de 1946

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Sólo velará por que no se publique nada en contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

“Agradezco a Dios, a mi familia y a mis amigos, quienes en todo momento me apoyaron con el desarrollo de la presente investigación.

Particularmente, al Director del presente trabajo de grado, el Doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO; al Doctor JORGE JAECKEL KOVACS; y, a mi tutora y amiga DIANA MARCELA SILVA GIRALDO por sus instrucciones, sugerencias y consideraciones”

ABSTRACT

Keywords: Advertising, Unfair Competition, Commerce, Consumers, Competitors.

“Advertising in our country has become a matter of unquestionable importance within the area of unfair competition, due to its potential of causing benefits –as well as nuisances- to competitors, consumers, and any other participant within commerce. In addition, its complex, evolutionary and progressive nature could tend to escape the extent of Law 256 of 1996 regarding unfair competition.

Given these circumstances, the present investigation focuses in analyzing Law 256 of 1996’s extent and application against unfair advertising tendencies, in order to expose it as an effective and progressive law against the test of time as well as unacceptable commercial techniques.”

CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	Pág. 10.
II.	OBJETIVOS	Pág. 12.
III.	LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA LEY 256 DE 1996	Pág. 14.
3.1.	Introducción al Tema.	Pág. 14.
3.2.	La Competencia Desleal en la Ley 155 de 1959.	Pág. 16.
3.3.	La Competencia Desleal en el Código de Comercio – Decreto 410 de 1971.	Pág. 18.
3.3.1.	Artículo 75 - Actos Constitutivos de Competencia Desleal.	Pág. 19.
3.3.2.	Artículo 77 - Propaganda Comercial.	Pág. 21.
3.3.3.	Artículo 76 - Acción de Competencia Desleal.	Pág. 22.
3.3.3.1.	Corte Suprema de Justicia – Sentencia de Casación 12 de septiembre de 1995 FRISBY LTDA. Vs. ALIMENTOS NACIONALES PINKY S.A.	Pág. 23.
3.4.	Disposiciones Generales de la Ley de Competencia Desleal - Ley 256 de 1996.	Pág. 25.
3.4.1.	Artículo 1 - Objeto.	Pág. 25.
3.4.2.	Artículo 2 - Ámbito Objetivo de Aplicación.	Pág. 27.
3.4.3.	Artículo 3 - Ámbito Subjetivo de Aplicación.	Pág. 28.
3.4.4.	Artículo 4 - Ámbito Territorial de Aplicación.	Pág. 30.
3.4.5.	Artículo 5 - Concepto de Prestaciones Mercantiles.	Pág. 30.
3.4.6.	Artículo 6 - Interpretación.	Pág. 30.
3.4.7.	Artículo 7 - Cláusula General de Prohibición.	Pág. 31.
3.5.	Conclusiones Preliminares	Pág. 35.
IV.	LA PUBLICIDAD Y SU REGULACIÓN EN COLOMBIA	Pág. 37.
4.1.	Definición de Publicidad.	Pág. 37.
4.1.1.	Elementos de la Publicidad.	Pág. 37.
4.1.2.	Objetivo de la Publicidad.	Pág. 38.
4.1.3.	Contingencias de la Actividad Publicitaria en el Mercado.	Pág. 39.
4.2.	Mandato Constitucional de la Regulación de la Publicidad.	Pág. 42.
4.3.	Marco Normativo de la Publicidad en Colombia.	Pág. 46.
4.4.	Aspectos Generales de la Autorregulación Publicitaria en Colombia.	Pág. 52.
4.4.1.	El Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria de 1998.	Pág. 53.

4.5.	La Regulación Publicitaria a la Luz de la Ley 256 de 1996.	Pág. 54.
4.6.	La Protección de los Preceptos del Código de Autorregulación Publicitaria a través de la Ley 256 de 1996.	Pág. 55.
4.7.	Conclusiones Preliminares.	Pág. 57.
V.	ALCANCE DE LA LEY 256 DE 1996 EN MATERIA PUBLICITARIA A LA LUZ DE SUS SUPUESTOS FÁCTICOS	Pág. 60.
5.1.	La Tipificación de Conductas Desleales en la Ley 256 de 1996.	Pág. 60.
5.1.1.	Artículo 8 - Actos de Desviación de Clientela.	Pág. 61.
5.1.2.	Artículo 10 – Actos de Confusión.	Pág. 63.
5.1.2.1.	Resolución Superintendencia de Industria y Comercio No. 00045 de 2004 – KENWORTH DE LA MONTAÑA S.A. Vs. CASA INGLESA IVOR LTDA.	Pág. 64.
5.1.3.	Artículo 11 - Actos de Engaño.	Pág. 66.
5.1.3.1.	La Publicidad Engañosa y la Ley 256 de 1996.	Pág. 67.
5.1.3.1.1.	Mensajes Literalmente Falsos.	Pág. 68.
5.1.3.1.2.	Mensajes Literalmente Ciertos pero Engañosos.	Pág. 68.
5.1.3.1.3.	Elogios Subjetivos del Anunciante.	Pág. 70.
5.1.3.2.	La Publicidad Engañosa en el Código de Autorregulación Publicitaria.	Pág. 71.
5.1.3.3.	Publicidad Engañosa - Resolución Superintendencia de Industria y Comercio No. 32749 diciembre 29 de 2004 – BETATONIO Vs. BLOCKBUSTER.	Pág. 72.
5.1.3.3.1.	Anuncio Publicitario Radial	Pág. 72.
5.1.3.3.2.	Anuncio Publicitario Escrito.	Pág. 74.
5.1.3.4.	La Publicidad Engañosa en el Estatuto de Protección al Consumidor.	Pág. 74.
5.1.4.	Artículos 12 y 13 - Actos de Descrédito y Comparación.	Pág. 76.
5.1.4.1.	El Descrédito.	Pág. 76.
5.1.4.2.	La Comparación.	Pág. 78.
5.1.4.2.1.	La Publicidad Comparativa y la Ley 256 de 1996.	Pág. 79.
5.1.4.2.2.	Criterios de aplicación para la Publicidad Comparativa - Circular Única 10 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio (Modificada por la Circular Externa 11 de 2002).	Pág. 81.
5.1.4.3.	La Publicidad Comparativa en el Código de Autorregulación Publicitaria.	Pág. 82.
5.1.4.4.	Sentencia número 002 de 2006 Superintendencia	

	de Industria y Comercio - Radicación Nº 03069417B: COMCEL – COLOMBIA MÓVIL.	Pág. 83.
5.1.5.	Artículos 14 y 15 - Actos de Imitación y Explotación de la Reputación Ajena.	Pág. 85.
5.1.5.1.	La Imitación.	Pág. 85.
5.1.5.2.	Explotación de la Reputación Ajena.	Pág. 87.
5.1.5.3.	Resolución No. 4987 de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio - JUAN PABLO MONTOYA vs. YUPI S.A.	Pág. 88.
5.1.6.	Artículo 18 - Violación de Normas.	Pág. 91.
5.1.6.1.	Sentencia 14 de 2010 Superintendencia de Industria y Comercio. QUALA S.A. Vs. NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.	Pág. 93.
5.1.6.2.	Alcance de la Aplicación de la Ley de Competencia Desleal en Materia Publicitaria a través del Artículo 18.	Pág. 95.
5.2.	Conclusiones Preliminares.	Pág. 96.
VI.	ALCANCE DE LA LEY 256 DE 1996 FRENTE A ALGUNAS MODALIDADES PUBLICITARIAS CONTEMPORÁNEAS	Pág. 99.
6.1.	La Publicidad Subliminal.	Pág. 99.
6.1.1.	La Publicidad Subliminal en España.	Pág. 101.
6.1.1.1.	Sentencia de 30 Dic. 1997. Tribunal Supremo Español, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo rec. 652/1994, Sección 3ª. Entidad O. Y COMPAÑÍA S.A. Vs. CONSEJO DE MINISTROS	Pág. 103.
6.1.2.	Alcance de la Ley 256 de 1996 frente a la figura de la Publicidad Subliminal.	Pág. 106.
6.2.	La Publicidad Redaccional.	Pág. 107.
6.2.1.	Sentencia Corte Canadiense de Québec - ROGER-LUC CHAYER c. CORPORATION SUN MEDIA, 125-32-001527-058. 2005.	Pág. 108.
6.2.2.	Mención sobre la Publicidad Redaccional en la Directiva Europea 2005/29/CE.	Pág. 110.
6.2.3.	Alcance de la Ley 256 de 1996 frente a la figura de la Publicidad Redaccional.	Pág. 111.
6.3.	La Publicidad Inductiva.	Pág. 112.
6.3.1.	Aspectos Relevantes de la Ley de Defensa al Consumidor Argentina Frente a La Publicidad Inductiva.	Pág. 113.
6.3.2.	Ejemplos Legales de la Publicidad Inductiva en Colombia.	Pág. 114.
6.3.3.	Alcance de la Ley 256 de 1996 frente a la Publicidad. Inductiva.	Pág. 115.

6.4.	Conclusiones Preliminares.	Pág. 116.
VII.	VENTAJAS DE LOS MECANISMOS DE LA LEY 256 DE 1996 FRENTE A LA DESLEALTAD PUBLICITARIA.	Pág. 118.
7.1.	Introducción Conceptual al Tema	Pág. 118.
7.2.	La Pretensión Declarativa y de Condena - Artículo 20 numeral 1) de la Ley de Competencia Desleal.	Pág. 119.
7.3.	La Pretensión Preventiva o de Prohibición – Artículo 20 numeral 2) de la Ley 256 de 1996.	Pág. 120.
7.4.	Extensión de la Legitimación por Activa – Artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal.	Pág. 122.
7.4.1.	Debate sobre la Legitimación por Activa de los Consumidores.	Pág. 123.
7.5.	Extensión de la Legitimación por Pasiva – Artículo 22 de la Ley 256 de 1996.	Pág. 127.
7.6.	Dualidad de Autoridades Competentes y Procedimiento Verbal.	Pág. 128.
7.7.	Conclusiones Preliminares.	Pág. 130.
VIII.	CONCLUSIONES FINALES	Pág. 133.
IX.	BIBLIOGRAFÍA	Pág. 136.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad económica que ejercen los productores en el mercado se encuentra encaminada en mantener o aumentar sus utilidades, convenciendo para tal efecto al mayor número posible de adquirentes a que compren sus bienes y/o disfruten sus servicios.

Para competir con sus rivales y atraer al público, los productores se valen de distintos elementos del mercadeo, tales como las cualidades de sus productos, la reputación comercial y **la publicidad**. Esta última variable se ha constituido como un mecanismo de persuasión destinado a convencer a los adquirentes a valerse de sus bienes y servicios a través de anuncios ingeniosos y atractivos.

Desafortunadamente, la publicidad también es utilizada de manera irregular y reprochable por los productores para satisfacer sus intereses económicos mediante anuncios que afectan negativamente la participación de quienes concurren en el mercado, así como la transparencia, lealtad y libertad de este espacio. Mayor gravedad reviste esta situación, ya que esta actividad evoluciona en el transcurso del tiempo junto con el desarrollo de las relaciones comerciales, lo cual conlleva a que surjan nuevas modalidades de deslealtad en materia publicitaria que suscitan la necesidad jurídica de ser contrarrestadas para que no resulten impunes en el marco de la competencia desleal.

Toda vez que en Colombia la lealtad y la transparencia del mercado frente a las prácticas y actos desleales se garantiza a través de la Ley 256 de 1996 -una norma con más de dieciséis años de vigencia que podría alegarse como obsoleta y estática en el tiempo-, los inconvenientes señalados suscitan el cuestionamiento sobre su efectivo

alcance para regular la publicidad como un fenómeno progresivo y evolutivo en el comercio.

En resumen, esta investigación tiene como principal objeto analizar el alcance, la aplicación y una serie de ventajas que revisten a la Ley 256 de 1996 como un mecanismo jurídico eficaz e idóneo para reprender las conductas desleales que emanan del ejercicio publicitario en Colombia. Lo anterior, sin perjuicio del momento en que acontezcan ni las figuras bajo las cuales se produzcan.

II. OBJETIVOS

- Presentar el concepto de la Competencia Desleal a través de su noción y su regulación previa consagrada en la Ley 155 de 1959 y el Código de Comercio – Decreto 410 de 1971-, enseñando posteriormente la naturaleza, el objeto, el ámbito de aplicación y la cláusula general de prohibición de la ley 256 de 1996 actual con la cual se reprenden las conductas comerciales de carácter desleal en el país.
- Ofrecer un análisis de la regulación publicitaria en Colombia, desarrollando para tal efecto su definición, sus elementos, su objetivo y la relevancia de la figura en el mercado; presentar la fuente Constitucional que ordena el control sobre esta actividad, revelando de qué manera se regula en Colombia tanto jurídicamente como a través de la autorregulación; y, explicar por qué este modo de comunicación es susceptible de evaluación a través de la Ley 256 de 1996.
- Analizar de manera teórico-práctica el alcance de la Ley 256 de 1996 en materia publicitaria a través de sus supuestos fácticos, presentando posiciones de diversa doctrina especializada en la materia, así como pronunciamientos jurisprudenciales de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre casos reales de particular relevancia.
- Presentar algunas modalidades publicitarias desleales de actual interés así como su desarrollo en otras legislaciones, evaluando el alcance que podría tener la Ley de Competencia Desleal para contrarrestar su ejercicio reprobable en Colombia.

- Finalmente, señalar una serie de ventajas que ofrece la Ley 256 de 1996 para proteger los intereses de quienes se sientan vulnerados en razón de la deslealtad que se presente en el mercado con ocasión a la actividad publicitaria.

III. LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA LEY 256 DE 1996

3.1. Introducción al Tema. La noción de *competencia* en el marco del presente estudio, debe entenderse como la *rivalidad* existente entre quienes se enfrentan en el mercado, los cuales tienen el fin común de captar un mayor número de adquirentes, satisfaciendo así sus necesidades y deseos económicos, mejorando a su vez su nivel participativo.

En palabras del Doctor JORGE JAECKEL KOVACS:

*“Para la competencia desleal, la competencia es concebida como la intención que tiene cada uno de los participantes en el mercado de captar o hacerse al favor de una clientela actual o potencial, mediante la ejecución de actuaciones tendientes a la consolidación de la relaciones existentes, o a la consecución de nuevos clientes que antes habían adquirido los productos o servicios de otro oferente en el mercado. En este último evento, la competencia se traduce en una disputa actual o potencial que cada uno de los competidores ejerce frente a sus contrincantes por captar una clientela, acercándose más a la definición que se le da en el vocabulario común, que aquella que se le atribuye la ciencia económica o en el Derecho de la Competencia.”*¹

Es de anotar, que si bien el fin económico es el mismo para los competidores en el mercado, el sinnúmero de medios encaminados a tal efecto varía según cada quién. Tal y como se refiere el tratadista español JOAQUÍN GARRIGUES en su obra “Curso de Derecho Mercantil” cada competidor se vale de distintos medios a su alcance, todos

¹ JAECKEL KOVACS, Jorge. “La competencia desleal en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena” Bogotá, octubre de 2000, Pág. 6. Disponible en <http://www.jackelmontoya.com>. Consulta realizada en diciembre de 2010.

ellos destinados todos a un mismo objetivo: posicionarse en el mercado a merced de sus rivales:

“La competencia desleal es tan antigua como la competencia misma. Varían los medios, pero subsiste la finalidad siempre igual: apartar a los demás para ser el primero. Mas los competidores no utilizan –como en los antiguos torneos- las mismas armas, sino que se valen de todos los medios a su alcance – como en la guerra moderna-.”²

Quienes logran cumplir con sus metas satisfaciendo su clientela a través de estrategias ingeniosas, innovadoras y eficientes, se verán beneficiados a nivel concurrencial en detrimento de los demás participantes quienes en consecuencia sufren una disminución participativa.

Este beneficio económico que gozan los competidores triunfantes será lícito y avalado por el Estado, siempre y cuando se obre con honestidad y rectitud en las actividades comerciales.

En *contrario sensu*, quienes se valen de técnicas éticamente inescrupulosas –es decir *desleales*- tendientes a alcanzar una mayor concurrencia, corren el riesgo de ser sancionados por el Estado, quien tiene asignado el rol de garante de la lealtad y transparencia en el escenario mercantil.

En este orden de ideas, la competencia desleal debe entenderse como aquel tipo de rivalidad en virtud del cual los agentes se valen de conductas comercial y éticamente

² GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Imprenta Aguirre. Madrid. 1976. Pág. 240.

reprochables, encaminadas en generar una mayor participación concurrencial en el mercado.

Correctamente lo expone el citado autor JOAQUÍN GARRIGUES, al haber indicado que las conductas sin el mínimo de corrección y honestidad son aquellas que obtienen el calificativo de desleales, señalando además que es la legislación positiva en un determinado tiempo y lugar, quien define el comportamiento desleal: *“La deslealtad en la concurrencia produce como efecto la calificación de competencia desleal. La deslealtad se determina por el medio empleado. Si un determinado acto de competencia es o no desleal depende exclusivamente de la legislación positiva”*³

Actualmente, en Colombia la **Ley 256 de 1996** es la herramienta legal con la cual el Estado garantiza la libertad y lealtad del mercado frente a las conductas desleales de sus agentes, en beneficio de los demás participantes.

Vale decir que esta norma está precedida por dos ordenamientos con concepciones antagónicas sobre la competencia desleal en su momento. Por ende, antes de conocer los lineamientos generales de esta norma, la actual investigación presentará los postulados previamente consagrados sobre la materia en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), de manera que puedan apreciarse los cambios fundamentales que se dieron con ocasión a la vigencia de la Ley de Competencia Desleal (en lo sucesivo, L.C.D.).

3.2. La Competencia Desleal en la Ley 155 de 1959. La presente Ley, reconocida por sentar las bases iniciales del régimen general de la libre y leal competencia en Colombia, reguló la figura de la Competencia Desleal en su artículo 10:

³ *Ibíd.* Pág. 240.

“Constituye competencia desleal todo acto o hecho contrario de la buena fe comercial y al honrado y normal desenvolvimiento de las actividades industriales, mercantiles, artesanales o agrícolas”

La norma en mención consagraba como constitutivo de Competencia Desleal todo **acto o hecho**, entendiéndose así que no se realizaba un juicio valorativo de la voluntad e intención de los agentes, sino que la conducta fuera contraria a la *buena fe* comercial y al desarrollo de las actividades descritas. Lo anterior revistió de gran importancia en el entendido que la protección de la norma recaía sobre la buena fe y la actividad mercantil en beneficio del bien común y no a los intereses particulares.

La *buena fe* en materia comercial se constituyó como la noción a protegerse según lo consagró el artículo 10 de la Ley 155 de 1959, la cual desde esa época hasta la actualidad, reviste de una importancia fundamental en el estudio de la Competencia Desleal debido a su carácter netamente ético y dinámico. Al no existir una definición legal de “Buena Fe”, merece ser citada aquella expuesta por el ex-Magistrado ARTURO VALENCIA ZEA en Sentencia de Casación Sala Civil de fecha 23 de junio de 1958, quien señaló con buen criterio:

“La buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, con el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero estas se encuentran autorizadas por la buena

costumbre”. En virtud de la explicación, es posible definir la *buena fe comercial* como la convicción netamente ética de actuar de conformidad al derecho y las buenas costumbres durante el ejercicio del comercio.

Es preciso mencionar que el artículo 11 de la Ley 155 de 1959 incluyó una serie de actos considerados por el legislador como constitutivos de competencia desleal, en virtud de las circunstancias económicas, sociales y comerciales en su momento⁴.

La Ley 155 de 1959 fue una norma innovadora y visionaria para la época, al haber trazado principios y conductas desleales que **aún hoy en día** revisten importancia en la legislación actual sobre la materia. En efecto, esta norma fue pionera en evidenciar que el ámbito de la protección sobre competencia desleal debe radicar en la salvaguarda de la transparencia del mercado y no en los intereses individuales de los competidores⁵.

3.3. La Competencia Desleal en el Código de Comercio – Decreto 410 de 1971.

Posteriormente, y de manera previa a la expedición de la Ley 256 de 1996, la competencia desleal en Colombia se encontró regulada por el Decreto 410 de 1971 – Código de Comercio- en los artículos 75 a 77, analizados a continuación.

⁴ Para efectos de este estudio, se citan por ejemplo, los siguientes:

“Los medios o sistemas encaminados a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios (...)

Los medios o sistemas encaminados a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios (...)

Los medios o sistemas encaminados a tener una desviación de la clientela, por actos distintos a la normal y leal aplicación de la ley de la oferta y la demanda”

Cada una de estas conductas, entre otras, serán desarrolladas en el capítulo V sobre los supuestos fácticos de la L.C.D. actual.

⁵ En palabras del Autor y Ex-Ministro de Hacienda JUAN CAMILO RESTREPO: “Ahora bien, la Ley 155 no es realmente una ley mala, es una buena ley, es sorprendente que en un país como Colombia se hubiera dado, hace 32 años apenas –un año después de dictarse las normas de la Comunidad Económica Europea en el Tratado de Roma en el año 58- una ley con tanto avance conceptual. Cuando uno la revisa, encuentra que es una ley bastante avanzada, bastante audaz, que cubre todos los campos del derecho de prácticas restrictivas;”RESTREPO, Juan Camilo. “Abuso de la posición dominante”. En “Hacia un Nuevo Régimen de Promoción de la Competencia”. Cámara de Comercio de Bogotá. 1993. Pág. 63.

3.3.1. Artículo 75 - Actos Constitutivos de Competencia Desleal. El artículo 75 del Código de Comercio calificaba como desleales los procedimientos realizados por **los comerciantes competidores en detrimento de otros** o la colectividad misma, **siempre que fueren contrarios a las costumbres mercantiles.**

Lo anterior supuso un retroceso en la regulación de la Competencia Desleal, dado que se pasó de proteger la *buena fe* y el transparente y leal desarrollo de las actividades económicas mencionadas en la Ley 155 de 1959, a defenderse intereses particulares entre quienes ostentaban la calidad de comerciantes según lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Comercio.

Si bien el listado de conductas desleales incluido en el artículo no era taxativo, y su numeral 9 calificaba como desleal *“en general, cualquier otro procedimiento similar a los anteriores, realizado por un competidor en detrimento de otros o de la colectividad”* se presentó un inconveniente de consideración dado que para calificarse como tal, el acto o hecho debía ser en todo caso *“contrario a las costumbres mercantiles”*, entendiéndose éstas inicialmente como **fuentes de derecho mercantil** según lo consagrado en el artículo 3 del Código de Comercio⁶.

Una interpretación taxativa de este concepto restringía el alcance y la aplicación de la norma, toda vez que para haberse podido calificar una conducta como desleal, debía necesariamente haber sido contraria a una o varias costumbres mercantiles previamente establecidas.

⁶ Artículo 3. Autoridad de La Costumbre Mercantil - Costumbre Local - Costumbre General. La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.

Así las cosas, ¿Qué habría podido ocurrir en los casos que hubieran surgido modalidades innovadoras de competencia desleal, sin la existencia previa de una costumbre mercantil sobre el particular? El sentido de la norma daba a entender que no se habría podido configurar una conducta de competencia desleal al no cumplirse con el requisito de ley.

Tal como lo expuso la autora MARÍA CONSUELO GACHARNÁ en su obra “Competencia Desleal”: *“Cuando un comerciante idee una forma novedosa de hacer competencia, es obvio que la comparación con las costumbres hasta entonces practicadas lo único que va a arrojar como conclusión es que no encaja en ninguna de ellas, y no por esto será lícito decir que el acto es contrario a la costumbre y por consiguiente constitutivo de competencia desleal”* ⁷, evidenciando que el carácter estático y en algunos casos ineficaz de esta regulación frente a tendencias innovadoras desleales era a toda vez apreciable.

Esta errónea interpretación fue desestimada por la Corte Suprema de Justicia, quien en Sentencia de 10 de julio de 1986 Sala Plena M.P. HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA señaló que las conductas consideradas como desleales no lo eran por ser contrarias a las costumbres mercantiles sino por la calificación previa realizada por el legislador. En la Sentencia en mención, se pronunció la Corte de la siguiente manera:

“En suma, las prácticas tendientes a obtener desviación de la clientela resultan sancionadas por haberlas calificado el legislador como desleales, mas no por opuestas a las costumbres mercantiles, luego es infundado el cargo de inconstitucionalidad que al ordinal 4o. del artículo 75 formula el demandante.

⁷ GACHARNÁ, María Consuelo. “La Competencia Desleal”. Editorial Temis. Bogotá, 1982. Pág. 69.

Lo propio puede afirmarse, por idénticas razones, en el caso del ordinal 9o. pues el artículo 75 tipifica plenamente las prácticas que condena y no lo hace por contrarias a las costumbre sino por la deslealtad que comportan.”

Por otra parte, al haberse encontrado regulada en el Código de Comercio, la competencia desleal era sancionable en la medida en que sus participantes ostentaran la calidad de comerciantes y competidores entre ellos. Bajo esa premisa, alguien que no hubiera sido comerciante habría podido incurrir en actos desleales en contra de quien sí hubiera ostentado dicha calidad, sin haberse expuesto al riesgo de la sanción legal por haber carecido de legitimación por pasiva⁸. Nuevamente, se evidenció el ámbito de protección restrictivo y desafortunado de la norma.

3.3.2. Artículo 77 - Propaganda Comercial. Es preciso resaltar que la norma consagró de manera expresa que la publicidad -en su momento llamada *propaganda comercial*- era susceptible de ser evaluada por el régimen de la competencia desleal.

En efecto, el artículo 77 del Código de Comercio prohibía la “*propaganda comercial*” que tendiera a *establecer competencia desleal* a otros productores o distribuidores de mercancías, así como a servicios similares o conexos. Adicionalmente, contenía una presunción de competencia desleal a través de la propaganda comercial realizada a favor

⁸ “Dado que en el mercado se pueden presentar actuaciones de personas que sin ser comerciantes compiten deslealmente y que según lo expuesto no podían ser demandados con éxito por competencia desleal, se hacía necesario concebir legalmente la competencia desleal como una institución que sancionara las prácticas desleales en que incurre cualquier competidor, independientemente de que fuera o no comerciante.

Este sólo factor justificó la expedición de una nueva ley que previera esta situación y que modificara la limitación que en tal sentido establecía el Código de Comercio.” JAECKEL KOVACS, Jorge. “Apuntes de Competencia Desleal” Noviembre de 2005. Pág. 3. En <http://www.jaeckelmontoya.com>. Consulta realizada en enero de 2011.

de sistemas de bonificación al consumidor en casos tales como promociones de productos de primera necesidad o sometidos a controles sanitarios.

Estas presunciones podían ser constitutivas de Competencia Desleal ya que mediante aquellas conductas los productores ofrecían recompensas de índole comercial sobre bienes de imperiosa necesidad que tenían la potencialidad de alterar significativamente la decisión de compra del público.

Tal y como lo señaló el Maestro GABINO PINZÓN en su obra “Introducción Al Derecho Comercial”: *“Conviene hacer resaltar, por lo demás, que la propaganda comercial puede ser utilizada y de hecho se utiliza como un medio adecuado para competir deslealmente en la vida comercial (...) Las presunciones legales de propaganda comercial desleal que se prevén en el mismo artículo 77 del Código son, en el fondo, presunciones de competencia desleal, puesto que en ellas se tiene en cuenta que la búsqueda de la clientela – a la cual se encamina toda sana competencia comercial- no se adelanta o lleva a cabo por el producto o los servicios mismos que se ofrecen al público, sino por el premio o recompensa adicional utilizado para atraer al consumidor o usuario.”*⁹, aclarando que la deslealtad se configuraba a través de los incentivos utilizados para atraer a los consumidores, y no por la calidad del producto como tal.

3.3.3. Artículo 76 - Acción de Competencia Desleal. El artículo 76 del Código de Comercio estableció lo siguiente: *“El perjudicado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se le indemnicen los perjuicios causados y se conmine en la sentencia al infractor, bajo multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos, convertibles*

⁹ PINZÓN, Gabino. “Introducción al Derecho Comercial”. Editorial Temis. Bogotá. 1985. Pág. 434.

en arresto, a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal (...)”

[Énfasis fuera del texto].

Lo anterior presentaba el siguiente inconveniente: un competidor podía interponer la acción de competencia desleal **únicamente** en la medida que hubiera sufrido un daño materializado. Esto desvirtuaba la figura protectora del mercado al no haberse plasmado una acción que permitiera precaver un riesgo de perjuicio; Aunado a lo anterior, el daño debía materializarse para que fuera posible resarcir a la víctima, evidenciándose así el carácter indemnizatorio y no proteccionista de la norma.

A pesar de esta regulación legal que desvirtuaba la naturaleza de la competencia desleal, el día 12 de septiembre de 1995 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con Ponencia del Magistrado NICOLÁS BECHARA SIMANCAS, expidió una revolucionaria Sentencia a favor de FRISBY LTDA, en contraposición a los actos desleales en los cuales incurrió ALIMENTOS NACIONALES PINKY S.A.

3.3.3.1. Corte Suprema de Justicia – Sentencia de Casación 12 de septiembre de 1995 M.P. Nicolás Bechara Simancas. FRISBY LTDA. Vs. ALIMENTOS NACIONALES PINKY S.A. El 13 de mayo de 1987, la sociedad RESTAURANTES DE ANTIOQUIA LTDA. suscribió un acuerdo con FRISBY LTDA., en virtud del cual adquirió el derecho de valerse de la marca “FRISBY”, así como las mezclas y adobos para la preparación de sus productos -pollo frito y otra variedad de alimentos- en los restaurantes preestablecidos dentro del municipio de Medellín según las indicaciones de la segunda.

No obstante que este acuerdo finalizó el 13 de noviembre de 1987 y la sociedad INDUSTRIA PINKY S.A. (Anteriormente RESTAURANTES DE ANTIOQUIA

LTDA.) debía detener el uso de los signos distintivos y demás activos que la relacionaran con *FRISBY*, aquella sociedad anunció al público mediante diversos medios de comunicación que “Restaurantes FRISBY” se habría de llamar en adelante *PINKY* manteniendo indemnes las virtudes de sus productos. Por ende, FRISBY LTDA interpuso la Acción de Competencia Desleal, fundada en la confusión que generó la conducta de PINKY en el público al pretender hacer creer que ambas Entidades constituían una sola, valiéndose además de la reputación de la primera para captar al público consumidor de sus productos.

La contribución de la Corte Suprema de Justicia en la materia consistió en haber enfatizado que la acción de competencia desleal no requería la preexistencia de un daño materializado. En *contrario sensu*, sólo bastaba con que los actos fueran intrínsecamente idóneos para configurarse como desleales para que el comerciante afectado se valiera de la acción consagrada en el Código de Comercio. En tal sentido, señaló la Sentencia:

*“Una cabal hermenéutica de este precepto obliga de una vez por todas a entender por perjudicado, no al comerciante víctima de un daño con tal entidad, causado por los actos desleales del competidor, sino al que está colocado en la posición de recibirlos dada la idoneidad de la conducta desplegada por este último y que implica un riesgo actual para él por la sola capacidad intrínseca que tiene de producir esa clase de daños. (...)”*¹⁰

¹⁰ “Ripert apoyándose en autores como Pouillet y Roubier, entre otros, sostiene que las sanciones judiciales por el ejercicio de competencia desleal “no tienden solamente a reparar un perjuicio, pues son además preventivas en vista al respeto de un derecho violado...” (Tratado Elemental de Derecho Comercial, Editorial Labor, 1988, pág. 310). Dentro de la misma línea de pensamiento, otros doctrinantes consideran suficiente que el acto sea idóneo para producir un resultado, pues el peligro de la desviación de la clientela constituye en sustancia el perjuicio de la probabilidad ajena de ganancia, perjuicio que

En consecuencia, La Corte Suprema de Justicia decidió casar la Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito de Antioquia, y sancionar el daño provocado por ALIMENTOS NACIONALES PINKY S.A. en contra de FRISBY LTDA., en virtud de su potencialidad intrínseca para generar distorsión en el movimiento concurrencial del mercado¹¹. En virtud de la Sentencia, la aplicación de la acción contemplada en el artículo 76 del Código de Comercio se consideró viable para cada acto en el cual se evidenciara un peligro potencial e idóneo para perjudicar al competidor, de tal manera que pudiese ver vulnerada su participación en el mercado.

3.4. Disposiciones Generales de la Ley de Competencia Desleal - Ley 256 de 1996.

3.4.1. Artículo 1. Objeto¹². El objetivo de la Ley de Competencia Desleal consiste en garantizar la *“libre y leal competencia económica”* en beneficio de todos quienes participan en el mercado.

vindica la represión del acto que viola la lealtad de la concurrencia y no un derecho absoluto sobre la clientela, por lo cual esta institución jurídica tutela un derecho subjetivo y no absoluto (Tulio Ascarelli, Teoría de la Concurrencia y de los bienes inmateriales, De. Bosh, 1970, Pág. 473). Es ésta, además, la tendencia doctrinaria, legislativa y jurisprudencial moderna.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. Cit. Pág. 52.

11 Merece ser mencionado que en este caso, PINKY LTDA., se valió de actos publicitarios destinados a crear confusión y desviación de clientela en perjuicio de la entidad demandante. Al respecto expuso el Fallo de la Corte:

“(…) la sociedad demandada se transformó en anónima, cambiando su razón social por la de “Alimentos Nacionales Pinky S.A.” (fl. 12 C. 5), y el 16 de septiembre de ese mismo año publicó esa novedad en el diario El Colombiano, precedida del titular “Frisby cambia aquí su nombre por el de Pinky”, publicidad en la que además hizo conocer que “Lo anterior implica que a partir del 13 de noviembre, entonces sus siete almacenes que opera (sic) actualmente en Medellín con el nombre de Frisby más los dos que se abrirán próximamente en Junín e Itagüí, cambien este nombre por el de ‘Pollo Frito Pinky’. El mismo pollo con distintas plumas...”. (...) para la Corte esa publicidad es a todas luces constitutiva de competencia desleal (...) ello se tradujo igualmente en instrumento para hacerle creer a las mismas personas cómo, a partir del 13 de noviembre citado, el pollo frito que conocían e inclusive consumían como “Frisby” continuaría siendo vendido en los mencionados almacenes, pero ya no con ese nombre sino con el de Pinky, lo que tampoco era cierto, conductas esas de la sociedad demandada sin duda reprochables, por la insoslayable aptitud para estructurar la institución en comento.”

12 Artículo 1. Objeto. Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de

El Autor DELIO GÓMEZ LEYVA definió en su obra “Las prácticas restrictivas de la libertad de la competencia en la Comunidad Económica Europea” a la **libre** competencia como aquella en la que *“hay libertad para participar en el mercado, en el cual vendedores y compradores utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios o pactos que perturben la libre elección del comprador o que se impongan condiciones que no sean el fruto o consecuencia de las leyes del mercado”*¹³

A su vez, la Superintendencia de Industria y Comercio definió **la lealtad** bajo el marco ético que le corresponde a esta noción, en el siguiente tenor:

“La noción de lealtad arriba citada encuentra su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado de respetar en sus actuaciones la buena fe comercial, por lo cual incurren en actos de competencia desleal, quienes con su conducta violan dicho deber.

Esta interpretación, acorde con el contenido ético que envuelve el concepto de lealtad, permite concluir, como lo hizo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año de 1958, reiterada por la misma Corporación y Sala en agosto de 2001, que actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado Standard de usos sociales y buenas prácticas mercantiles¹⁴”

competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994.

¹³ En “Hacia un nuevo régimen de promoción de la Competencia” Cámara de Comercio de Bogotá. 1993. Pág. 11.

¹⁴ Resolución No. 4987 Marzo 9 de 2004. Caso JUAN PABLO MONTOYA Vs. YUPI

Continuando con el análisis, la norma tiene aplicación sin perjuicio de otras formas de protección; ella valora y sanciona las conductas consideradas como desleales, sin perjuicio de otras infracciones jurídicas susceptibles de aplicación a través de otros medios legales.¹⁵

Por su parte, la prohibición de actos y conductas desleales que establece la norma se realiza en beneficio de **todos** los participantes del mercado, desestimándose la concepción consagrada en el Código de Comercio, según la cual la competencia desleal regulaba únicamente las relaciones entre comerciantes supeditados a una relación de competencia.

3.4.2. Artículo 2 - Ámbito Objetivo de Aplicación¹⁶: El artículo 2 de la Ley 256 de 1996 indica que los comportamientos previstos en la mencionada norma serán considerados como actos de competencia desleal siempre y cuando se realicen en el mercado, con fines concurrenciales.

15 Citando un caso particular, mediante la Resolución 509 del 23 de enero de 2004, caso SONRÍA Vs. EDILBERTO MELO, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó al demandado por valerse de la marca perteneciente a “SONRÍA” para ejercer sus servicios de odontología. A través del uso indebido de la marca SONRÍA, el infractor incurrió no sólo en conductas desleales sino que además infringió normas de propiedad industrial al valerse del bien comercial en cuestión.

Con buen criterio, la Superintendencia señaló que la Ley de Competencia Desleal tiene aplicación para sancionar las conductas desleales presentes en el mercado, sin perjuicio de otras formas de protección: “Esta posición resulta acorde con el artículo 1° de la Ley 256 de 1996, el cual determina que dicha ley se aplicara sin perjuicio de otras formas de protección, pues independientemente de que el acto desleal infrinja otro ordenamiento, la Ley 256 de 1996 no sanciona el comportamiento por infringir ese otro ordenamiento, sino por ser desleal y por los efectos nocivos que el actuar indebido genera para los afectados directos por el acto y consecuentemente para los consumidores (...)” Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 509 del 23 de enero de 2004, caso SONRÍA Vs. EDILBERTO MELO.

16 Artículo 2. Ámbito Objetivo de Aplicación. Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

Es preciso aclarar que la norma no define qué se entiende con una *finalidad concurrencial*. Aclarando esta inquietud, el Dr. JAECKEL señaló:

“La palabra concurrencia se utiliza en la L.C.D. para significar “la posibilidad de participar o intervenir en el mercado”, mientras que la noción de competencia envuelve “una disputa por algo”, en este caso la clientela o el favor de los compradores (...). En consecuencia, una conducta tendrá fines concurrenciales cuando le proporciona al sujeto que la comete la posibilidad de participar o intervenir en el mercado, lo cual presume la ley que se produce cuando tal actuación es objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero.¹⁷”

Adicionalmente, la norma presume en su segundo inciso la *finalidad concurrencial* de las conductas, cuando se revelan como **objetivamente** idóneas para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien las realiza o de un tercero.

La naturaleza proteccionista se evidencia en este artículo, al indicar que las conductas son sancionables por su **idoneidad objetiva** para mantener o aumentar la participación en el mercado, entendiéndose no obstante que la conducta debe ser además **desleal**. Es así como se evidencia el alcance de la norma, encaminado a proteger la libertad y lealtad económica de cualquier anomalía real o potencialmente vulneradora.

3.4.3. Artículo 3° - Ámbito Subjetivo de Aplicación¹⁸. Comparando la normatividad previa del Código de Comercio con la Ley 256 de 1996 actual, se evidencia que ésta

¹⁷ JAECKEL, Jorge. Op. Cit. Pág. 20.

¹⁸ ARTÍCULO 3. Ámbito Subjetivo de Aplicación. Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.

La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.

aplica a cualquier persona que participe en el mercado, y no sólo a los comerciantes como alguna vez fue dispuesto por el Decreto 410 de 1971.

Así, la Ley 256 de 1996 extendió la esfera de aplicación de la competencia desleal en beneficio de la libre competencia y la lealtad del mercado, cobijando no sólo a los comerciantes o competidores sino a **todos** los agentes que en él participan.

El Autor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO resaltó en su obra *“Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia”* cómo el derecho de la libre competencia ha adquirido actualmente una relevancia aún más apreciable que el derecho comercial, sustentando su posición -entre otras razones- en la concepción eminentemente proteccionista de la L.C.D. en favor de todos los participantes del mercado y no solamente frente a comerciantes, tal y como lo establecían las normas del Código de Comercio sobre la materia:

*“Hoy día el derecho mercantil se encuentra una nueva crisis, ya que ha sido desbordado por el derecho de los mercados. En efecto, el Código de Comercio se aplica a casi todas las relaciones económicas y no solamente a las de los comerciantes. Se ha eliminado el tema de la habilitación de edad, la diferencia entre las sociedades civiles y las mercantiles y el régimen de competencia desleal profesional, contenido en los artículos 74 a 77 del Código de Comercio, el cual ha sido sustituido por el sistema social de competencia desleal, consagrado en la ley 256 de 1996.”*¹⁹ **[Énfasis fuera del texto original]**

19 MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia” en *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI – Derecho Económico*. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis. 2010. Pág. 185.

3.4.4. Artículo 4 - Ámbito Territorial de Aplicación²⁰. Se requiere que las conductas desleales tengan, por lo menos, la idoneidad y potencialidad para producir los efectos dentro del mercado colombiano. Lo anterior, sin perjuicio de su origen o de la localización geográfica del comportamiento reprochable²¹.

3.4.5. Artículo 5 - Concepto de Prestaciones Mercantiles²². En el marco de la Ley 256 de 1996 las prestaciones mercantiles corresponden a “*hechos positivos o negativos susceptibles de apreciación pecuniaria que se constituyen en la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico*”. Estas actividades concretas y efectivas realizadas por los participantes en el mercado, pueden constituir uno de los elementos sobre los cuales pueden recaer las conductas catalogadas como desleales.

3.4.6. Artículo 6 - Interpretación²³. Es preciso aclarar que la Ley 256 de 1996 es un mecanismo de utilidad pública encaminado a garantizar el libre y transparente mercado en favor de sus participantes, de manera tal que protege el interés general sobre el de

20 Artículo 4. Ámbito Territorial de Aplicación. Esta ley se le aplicará los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.

21 Merece ser expuesta la opinión del profesor FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO sobre qué medida se puede tomar en caso que los actos de competencia desleal tengan origen fuera de nuestro país: “Dado que en algunas ocasiones la conducta tiene efectos en un determinado mercado, pero éstos son producidos por un agente que geográficamente se encuentra en otro país, la autoridad de competencia tendrá una labor difícil para juzgar al agente que viola las normas del mercado donde se encuentra el competidor agredido. Con el fin de corregir la anterior circunstancia, existe lo que se llama la *cortesía positiva* que consiste en dar apoyo por parte del ente regulador del mercado que tiene competencia en la ubicación geográfica del sujeto activo de la conducta de competencia desleal, a favor del ente regulador del mercado donde se cometió la infracción.” MÁRQUEZ ROBLEDO, Felipe “Apuntes sobre derecho económico y derecho de la Competencia” Pontificia Universidad Javeriana. Segunda Edición. 2007. Pág. 153.

22 Artículo 5. Concepto de Prestaciones Mercantiles. Las prestaciones mercantiles pueden consistir en actos y operaciones de los participantes en el mercado, relacionados con la entrega de bienes y mercancías, la prestación de servicios o el cumplimiento de hechos positivos o negativos, susceptibles de apreciación pecuniaria, que se constituyen en la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico.

23 Artículo 6. Interpretación. Esta Ley deberá interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada libres dentro de los límites del bien común; y competencia económica y libre y leal pero responsable.

unos cuantos. En virtud de lo anterior, el Dr. JAECKEL KOVACS expuso que la Ley 256 de 1996 debe ser interpretada de tal manera que proteja la actividad económica en un marco de libertad y transparencia, en beneficio de los intereses del Estado, los competidores y los consumidores:

“En consecuencia, las disposiciones de la L.C.D. se deben interpretar en forma tal que garanticen la libertad económica y el acceso de los participantes al mercado, en procura de los beneficios que la explotación de los medios económicos trae a toda la colectividad. Para lograr tal fin se debe entender que las normas de competencia económica ya no buscan prioritariamente proteger al competidor, sino que la ley coloca la transparencia del mercado como su principal objetivo, en beneficio de todos los que en él participan, creando una igualdad de prioridades entre los intereses de los oferentes, de los consumidores y del Estado en el desenvolvimiento del mercado.”²⁴

3.4.7. Artículo 7 - Cláusula General de Prohibición²⁵: Si bien la cláusula general de prohibición pertenece al Capítulo II de la Ley 256 de 1996, el presente estudio lo introduce en este subcapítulo debido a su vital importancia. En efecto, toda vez que la L.C.D. es una norma encaminada a reprimir conductas desleales sin perjuicio del momento de su acontecer ni las modalidades mediante las cuales se habrán de manifestar, debe contar con un elemento que permita extender su alcance a través del

²⁴ Ibid. Pág. 23.

²⁵ Artículo 7°. Prohibición General. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

tiempo, evitando que se torne en obsoleta e inútil. Por esta razón, el legislador incluyó una **cláusula general de prohibición**, elaborada de tal manera que permite evaluar tendencias desleales sobrevinientes y mantener “vivo” el alcance de la norma.

De manera acertada, el Dr. MAURICIO VELANDIA señaló la importancia de haberse consagrado una Cláusula General de Prohibición en la norma, de tal manera que la Ley está provista de un instrumento que puede contrarrestar las modalidades de deslealtad que surjan con ocasión al desarrollo progresivo del comercio:

“No todas las formas de lealtad podrían ser plasmadas en la ley, pues se corre el riesgo de dejar por fuera algunas no previstas al momento de legislar o porque el desarrollo de los mercados también puede crear nuevas formas o modelos de deslealtad. Atendiendo lo anterior, en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996 se estableció la prohibición general de competencia desleal, por medio de la cual se prohíben los actos desleales”²⁶

En el mismo sentido se refirió el autor DELIO GÓMEZ en su obra “De las restricciones, del abuso, y de la deslealtad en la Competencia Económica”:

*“Ésta permite ir ampliando los supuestos de conductas desleales, porque es imposible que el legislador los prevea todos; pero, fundamentalmente, permite enriquecer o acoger supuestos nuevos en la medida que evolucionan las prácticas que entorpecen el desarrollo leal en el tráfico económico, **adquiriendo la expresión de las conductas** el dinamismo propio de las adoptadas por los participantes en el mercado, evitando la*

²⁶ VELANDIA, Mauricio. “Derecho de la Competencia y del Consumo”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Pág. 300.

obsolescencia de los instrumentos jurídicos para combatirlas.”²⁷ **[Énfasis fuera del texto original].**

Ahora bien, la prohibición general consagra que se constituye desleal todo acto o hecho realizado en el mercado con fines concurrenciales, siempre y cuando contraríe las sanas costumbres mercantiles, la buena fe comercial, los usos honestos, y/o afecte la decisión del comprador o consumidor.

Conforme a lo anterior:

- **Se sanciona todo acto o hecho sin perjuicio de la existencia de intencionalidad,** evaluándose la idoneidad **objetiva** de la conducta para realizar un daño o riesgo, sin estimar el grado de intención del agente infractor, retornando así al sentido que alguna vez le otorgó la Ley 155 de 1959.
- **Las sanas costumbres mercantiles no se relacionan con la costumbre mercantil como fuente primaria de derecho comercial, sino que corresponden los estándares sociales del proceder con honestidad y rectitud.** Al respecto se refirió la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en la Resolución 32749 de 2004, en el siguiente tenor:

“Es así como el término ‘costumbre’ no tiene un significado unívoco en nuestro derecho, especialmente cuando está vinculado con adjetivos que denotan un comportamiento moral o ético tales como ‘buenas’, o en este caso ‘sanas’. Como se observa en los ejemplos que cita la Corte y que se transcriben a continuación, el término costumbre no implica necesariamente costumbre como fuente de derecho,

²⁷ GÓMEZ LEYVA, Delio. “De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica”. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá. 1998. Página 318.

sino que en muchos casos la expresión costumbre está ligada a la práctica conforme a la moral, utilizando para tal fin el vocablo costumbre acompañado de un adjetivo que denote un estándar ético, como por ejemplo el de las buenas costumbres o sanas costumbres”.

- **La L.C.D. retoma nuevamente el concepto de la buena fe, cuya valoración corresponde más a un juicio ético que jurídico.** En virtud de la *buena fe*, se consolida el dinamismo de la aplicación de la norma por cuanto que la valoración de esta concepción se encuentra supeditada a las condiciones sociales, culturales y económicas según el tiempo en que se evalúe.
- **Los usos honestos corresponden a prácticas públicas, reiteradas y uniformes, que se diferencian con las costumbres mercantiles en la medida en que no tienen el consenso subjetivo de la colectividad de considerarse como obligatorios**²⁸. En efecto, la sola práctica reiterada, general y uniforme de estos usos, los convierten en objetos de protección de la Cláusula General de Prohibición, extendiéndose así el alcance de la Ley 256 de 1996 frente a las tendencias honestas propias del comercio.
- **La Cláusula General de Prohibición sanciona las conductas desleales tendientes a alterar la libre decisión de compra de los consumidores.** Este elemento de la cláusula general de prohibición reviste de importancia para el presente estudio, toda vez que **la publicidad** es una de las herramientas con las que los oferentes captan la

²⁸ “Siendo benévolo en la interpretación, se debe concluir que la L.C.D. se refiere a los usos honestos en materia comercial e industrial, como una entidad distinta a la de las costumbres mercantiles. Dado que los usos no constituyen una fuente de derecho por faltarles el elemento subjetivo, su aplicabilidad es ilustrativa del actuar de los comerciantes, pues tan sólo se convierten en costumbres cuando la conducta que constituye el uso es tenida por obligatoria entre los miembros de la colectividad.” JACKEL KOVACS, Jorge. Op. Cit. Pág. 28.

atención de los consumidores e influyen en su decisión de compra a su favor. Por ende, de conformidad con la prohibición general, la Ley 256 es susceptible de evaluar y reprimir una indebida utilización de la publicidad que atente contra las sanas costumbres mercantiles, la buena fe comercial y los usos honestos en materia industrial y comercial, si de manera inescrupulosa se encuentra encaminada a perjudicar a sus rivales o la decisión de compra de los consumidores a quienes va dirigido.

3.5. Conclusiones Preliminares.

1. A pesar del contenido visionario sobre la materia previsto en la Ley 155 de 1959, durante el período comprendido entre 1971 y 1995 la regulación en contra de la competencia desleal consagrada en el Código de Comercio presentó una serie de retrocesos que la convirtió en un mecanismo de protección restringido, excluyente, estático en el tiempo y de aplicación eminentemente indemnizatoria, tergiversándose la figura en perjuicio de la transparencia del mercado y los derechos de la colectividad.
2. La ley 256 de 1996 se constituyó en una norma autónoma de utilidad pública y alcance más extensivo, encaminada a garantizar “*la libre y leal competencia*” en beneficio de todos sus participantes bajo el principio de la libertad económica en un marco de responsabilidad social. En virtud del alcance de la norma vigente, se comenzaron a sancionar *actividades comerciales desleales* **idónea** y **objetivamente** encaminadas en vulnerar la libre y leal competencia, sin que fuera necesaria la existencia de una relación de rivalidad entre agentes.

La norma se hizo extensiva hacia todos los participantes del mercado, superándose las contingencias que presentó la regulación de la competencia desleal previamente consagrada en el Código de Comercio, según la cual el daño debía ser materializado, realizado por un comerciante en perjuicio de otro, y contrario a las costumbres mercantiles -entendidas como fuente de derecho comercial-.

3. El alcance de la Cláusula General de Prohibición consagrada en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 reviste de una importancia fundamental para este estudio debido a dos razones: en primer lugar, mediante este precepto el legislador permitió la posibilidad de sancionar **todo** tipo de conductas desde la vigencia de la ley, sin perjuicio del momento que acontezcan, siempre y cuando sean éticamente contrarias a la **buena fe comercial**, las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia comercial e industrial. En segundo lugar, la prohibición se extiende a los actos *desleales* idóneamente dirigidos a afectar la libre decisión de los compradores o consumidores.

Ambas cualidades de la Cláusula General de Prohibición revisten de enorme importancia para efectos de este estudio toda vez que, como se evidenciará posteriormente, **la publicidad** es una actividad progresiva en el tiempo, encaminada a persuadir –en varios casos de manera éticamente reprochable- la libre decisión del sector consumidor para adquirir los bienes y servicios ofrecidos.

IV. LA PUBLICIDAD Y SU REGULACIÓN EN COLOMBIA

4.1. Definición de Publicidad. El autor WILLIAM F. ARENS, en su obra “*Publicidad*”, define esta noción de la siguiente manera: “*Publicidad es una comunicación estructurada y compuesta, no personalizada, de la información que generalmente pagan patrocinadores identificados, que es de índole persuasiva, se refiere a productos y se difunde a través de diversos medios*”²⁹.

A su vez, la Superintendencia de Industria y Comercio define la publicidad de manera similar: “*La publicidad es la comunicación comercial impersonal, que a través de la utilización de medios de difusión pretende dar a conocer a sus destinatarios, la marca, el producto o un servicio que ofrece un anunciante, con el fin de informar acerca de su existencia, persuadir o influir en su compra, o generar su aceptación o recordación*”³⁰.

4.1.1. Elementos de la publicidad. A partir de las definiciones previas, se desprenden los siguientes elementos comunes de la publicidad:

- **Es un modo de comunicación impersonal:** es decir, se encuentra dirigido a un espectro generalizado de personas y no a individuos particulares³¹.
- **Se desarrolla a través de diversos medios de difusión:** La publicidad se ejerce mediante canales de información –radio, prensa, televisión, internet, vallas,

29 ARENS, William “Publicidad.” Editorial Mc Graw – Hill México. Pág. 7.

30 Resolución Superintendencia de Industria y Comercio No. 32749 de 29 de diciembre de 2004.

31 Ahora, si bien en principio el mensaje ofrecido a través de la publicidad es generalizado e impersonal, puede realizarse teniendo como objetivo un nicho más o menos específico. Por ejemplo, los anuncios publicitarios de marcas de ropa enfocada para hombres y mujeres (TOMMY HILFIGER, ZARA, ARMI), son dirigidos a consumidores generalizados; en cambio, aquellos que promocionan marcas destinadas a un grupo de consumidores según su rango de edad, sexo, etc., tienen un carácter más personalizado. (ARTURO CALLE tratándose de hombres, OFF CORSS para niños, LEONISA para mujeres, etc.).

volantes- con los cuales los consumidores interactúan de manera cotidiana, encontrándose así en permanente contacto unos y otros.

- **Está encaminada en ofrecer bienes y servicios:** Generalmente, hace referencia a las cualidades del producto ofrecido, de tal manera que busca captar la atención del consumidor respecto a las razones o motivos por los cuales debe adquirirlo.
- **El oferente de los productos es quien está interesado en anunciarlos:** El anunciante es el principal interesado en ser reconocido a través del anuncio publicitario y el beneficiario directo al lograr captar la atención de los consumidores³².

4.1.2. Objetivo de la Publicidad. El objetivo de la publicidad es definido por la Superintendencia de Industria y Comercio en el siguiente tenor: *“El objetivo primordial de la publicidad es dar a conocer a sus destinatarios la marca, el producto o un servicio que ofrece un anunciante, con el fin de informar acerca de su existencia, generar recordación hacia el mismo o hacia la marca y, finalmente, persuadir o influir en su decisión de compra”*³³.

Conforme a lo anterior, el objetivo de la publicidad es fraccionable en los siguientes componentes:

- **Dar a conocer los productos ofrecidos a sus destinatarios:** La publicidad genera una relación de información entre oferentes y consumidores en la cual los segundos

³² Sin embargo, en diversas pautas publicitarias -v.g. Caso “Chepe” entre COMCEL S.A. y COLOMBIA MÓVIL en el año 2004- el anunciante no se identifica desde el principio de una campaña publicitaria, sino que se revela al haber transcurrido un tiempo en el cual ya ha atraído cierto nivel de atención en el público. Sea cualquiera el caso, la identidad del anunciante es esencial dentro de una pauta publicitaria.

³³ *Ibíd.*

conocen sobre la existencia y las cualidades de los productos anunciados por el primero.

- **Generar recordación hacia el producto o la marca:** Mediante la publicidad el anunciante se identifica al consumidor de tal manera que éste pueda recordar el vínculo entre el anuncio, el producto y la procedencia del primero.
- **Persuadir o influir en la decisión de compra de los consumidores:** Mediante el ejercicio publicitario los oferentes inclinan la libertad de decisión de adquisición de los consumidores –en principio libre y racional- a su favor, para así obtener una mayor utilidad y una mejor participación en el mercado.

4.1.3. Contingencias de la Actividad Publicitaria en el Mercado. La publicidad abarca una especial importancia en la actividad económica debido a que genera un sinnúmero de relaciones entre oferentes y consumidores, y se constituye como un elemento fundamental en la consecución de sus fines al acelerar las decisiones de compra en virtud de sus mensajes.

Desafortunadamente, en la práctica se presentan inconvenientes innatos a la actividad publicitaria que merecen particular atención:

- Los consumidores sufren el riesgo de recibir información engañosa sobre los productos anunciados. Su libre discernimiento para elegir puede verse manipulado ilícitamente a favor del agente infractor.
- Los competidores pueden verse directamente afectados a través de la publicidad si los anuncios de la competencia contienen aseveraciones no correspondientes con la

realidad que atenten contra sus actividades, prestaciones y/o establecimientos, desviando su clientela hacia otras alternativas en el mercado.

- Con el fin de satisfacer sus intereses individuales, los anunciantes pueden valerse de la publicidad para transgredir normas de orden público en detrimento de la colectividad³⁴.

Debido a la relevancia de este método de comunicación durante el desarrollo de las actividades comerciales, la normatividad sobre la publicidad no sólo ha de versar sobre la relación productor-consumidor, sino que debe tener en cuenta además su influencia sobre los demás competidores del mercado y el bienestar de la colectividad.

En tal sentido se refiere el autor JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA, quien señala la importancia que reviste que la actividad publicitaria sea regulada jurídicamente:

“Desde un punto de vista de Teoría de la Comunicación el efecto perseguido por el mensaje no debe seguramente buscarse fuera de los que se dan en todo proceso de información en su momento de recepción. Según esto, en términos comunicacionales el acto contractual perseguido por el emisor (anunciante) se sitúa fuera del alcance de respuesta propia de la comunicación.

Pero desde un punto de vista jurídico las cosas no son así. La experiencia acredita la influencia efectiva que ejerce la publicidad –en unión de otros factores, pero no sin ella- en la multiplicación de contratos del emisor con los destinatarios. Y ello no puede

³⁴ Téngase como ejemplos aquellos anuncios publicitarios alusivos a la violencia, al consumo de cigarrillo o bebidas alcohólicas sin advertir las consecuencias negativas de sus mensajes.

ser indiferente para el Derecho, que, en efecto, tiene en cuenta esa enseñanza para someter a rigurosa disciplina al mensaje de publicidad.

En relación con él se hacen singularmente presentes los intereses de destinatarios y, en su caso, de competidores del emisor anteriormente descritos al tratar de la relación de comunicación publicitaria. Lo cual es perfectamente lógico, pues si ésta consiste en una puesta en común, lo que se pone en común es cabalmente el mensaje.”³⁵

A su vez, el autor ROBERTO MUGUILLO en su obra “Publicidad” resalta la relevancia actual que conmina al derecho positivo a regular la actividad en beneficio del bien común:

“No se puede prescindir de la interferencia recíproca que este contrato genera no sólo entre las partes, sino con relación a la propia comunidad destinataria de los efectos de la relación comercial particular, comunidad que no siempre se encuentra en posición de defenderse si es agredida por mensajes oscuros o poco honestos.

En esta materia está así en juego el interés de los partícipes de la relación comercial, pero mucho más importante es el interés de la propia comunidad, lo que resalta el deber del derecho positivo de atender a un tema que va más allá del restrictivo marco formado entre los particulares de la relación jurídica publicitaria para afectar el interés del anónimo público consumidor que tiene derecho a estar debida y honestamente informado, a que no se lo induzca a error o confusión, para lo cual

35 DE LA CUESTA RUTE, José María. “Lecciones de Derecho de la Publicidad”. Editorial de la Universidad Complutense. Madrid, 1985. Pág. 54.

corresponderá un arsenal jurídico conceptual apto para la mejor atención de estas necesidades”³⁶

En el entendido que al Estado colombiano le corresponde intervenir en el adecuado ejercicio de la publicidad de manera extensiva e íntegra a través del derecho, este estudio presentará dos aspectos jurídicos importantes: en primer lugar, el mandato Constitucional que contempla la responsabilidad comercial del Estado y los productores en materia publicitaria; y, adicionalmente, un marco jurídico general encaminado a ilustrar la manera en que se regula esta actividad en Colombia.

4.2. Mandato Constitucional de la Regulación de la Publicidad. El artículo 20 de la Carta Política³⁷ consagra el derecho a la libertad de expresión, según el cual se concede autonomía a toda persona para propagar su pensamiento, así como difundir y recibir información de manera veraz e imparcial bajo los límites de la responsabilidad social³⁸. No obstante, el control Constitucional sobre la publicidad no emana de este artículo, como podrá verse a continuación.

El artículo 78³⁹ Constitucional le designa a la ley la regulación del control de calidad de los bienes y servicios que se ofrecen a la comunidad y la información suministrada

36 MUGUILLO, Roberto. “Publicidad”. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2005. Pág.20.

37 CONSTITUCIÓN POLÍTICA ARTÍCULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

38 Es preciso aclarar al lector que la veracidad y la imparcialidad no son axiomas absolutos en la publicidad ya que en un entorno comercial dinámico y competitivo los oferentes tienden a halagar sus productos respectivos mediante valoraciones subjetivas, exageradas y no necesariamente neutrales.

39 CONSTITUCIÓN POLÍTICA ARTÍCULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

durante su comercialización, vale decir, aún aquella regulada a través de la **publicidad**. Además, les atribuye responsabilidad a aquellos agentes que en el transcurso de la producción y comercialización de un producto, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a los usuarios.

En el año 2000⁴⁰, la Corte Constitucional destacó la naturaleza comercial de la publicidad, en virtud de la cual debe imperar la regulación Estatal de la información en los anuncios publicitarios sobre el derecho a la libre expresión, el cual se restringe en esta materia:

“Una lectura literal del artículo 13 de la Convención Interamericana, o del artículo 20 de la Carta, sugiere que la propaganda comercial se encuentra plenamente protegida por las garantías propias de la libertad de expresión, pues ambas disposiciones señalan que las personas tienen derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole. Por ende, una propaganda comercial debería recibir exactamente la misma protección constitucional que un mensaje político o una discusión científica y religiosa (...).

Una interpretación sistemática y teleológica conduce sin embargo a otra conclusión, a saber, que la publicidad comercial no recibe la misma protección Constitucional que otros contenidos amparados por la libertad de expresión, por lo cual la ley puede intervenir más intensamente en la propaganda, como se verá a continuación. La

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

40 Sentencia C-010 de 2000, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Constitución expresamente establece que la ley debe regular la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios (CP art. 78), lo cual significa que la Carta no sólo permite sino que ordena una regulación de esta materia, mientras que en manera alguna autoriza que la ley reglamente la información que se debe proveer en materia política, religiosa, cultural o de otra índole.”

En la citada Sentencia, la Corte Constitucional indicó que el Estado tiene un deber de regular - es decir, limitar e incluso restringir- la publicidad, dado el poder indudable de persuasión que ejerce esta actividad en las relaciones mercantiles, en la medida que se afecten los intereses de la colectividad. En efecto, dado el rol determinante de la figura en el comercio, la Corte indicó que la publicidad corresponde a un elemento de la libertad económica sometido un marco imperativo de responsabilidad social, y no a una manifestación absoluta de la libertad de expresión como se pretendía alegar⁴¹.

Un caso relevante sobre este particular se presentó en la Sentencia de la Corte Constitucional C-830 de 2010 M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA en cuya providencia se declararon exequibles los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley Antitabaco 1335 de 2009 a través de los cuales se prohibió toda publicidad, promoción y patrocinio de tabaco en el país.

Sustentando su posición frente a la objeción bajo la cual prohibir la publicidad y promoción del Tabaco supone una vulneración al deber de suministrársele información

⁴¹ “Este mandato específico sobre la regulación de la información comercial, que obviamente incluye la publicidad, deriva de la estrecha relación de estos mensajes con la actividad económica y de mercado, en la medida en que constituyen un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales. Esto significa que la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la "Constitución económica". Sentencia C-010/2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

necesaria al consumidor durante el ciclo económico, así como las libertades de información y expresión, la Corte se pronunció manifestando que el carácter netamente mercantil de la propaganda comercial debe ser restringido por el legislador cuando mediante su ejercicio se perjudiquen intereses fundamentales de la colectividad –como es la preservación de la salud en este caso-. Dispuso así la Corte Constitucional:

“Otro grupo de objeciones a la constitucionalidad de las medidas acusadas están relacionadas con la posición defendida por el actor y algunos intervinientes, en el sentido que la prohibición total de la publicidad de tabaco afectaría el grado de reconocimiento constitucional de la publicidad como discurso, amparado por las libertades de información y expresión. El argumento central de la crítica es que la información contenida en la publicidad comercial de tabaco está estrechamente relacionada con los derechos del consumidor, en los términos del artículo 78 C.P., referentes a la obligación que el mercado brinde la información necesaria sobre las calidades de los bienes y servicios. Por lo tanto, la ausencia de toda publicidad haría que los consumidores de un producto lícito, no tengan acceso a la información necesaria para documentar suficientemente sus decisiones de consumo, contraviniéndose la preceptiva constitucional sobre la materia.

Para resolver esta objeción, debe la Corte recordar como la publicidad comercial (...) se expresa en un plano informativo y en uno persuasivo. El primero de ellos obtiene reconocimiento constitucional en razón de su vínculo con la protección de los derechos del consumidor y, de forma restrictiva y excepcional, por la libertad de expresión y de información. El contenido persuasivo del mensaje publicitario es exclusivamente expresión de las libertades económicas, por lo que puede ser limitado, incluso de

manera intensa, a condición que se cumplan con los requisitos que fundamentan la validez de las políticas de intervención del Estado en la economía.

Los productos de tabaco y sus derivados tienen una particularidad que los distingue de otros bienes y servicios que concurren al mercado: son intrínsecamente nocivos para la salud de quienes los consumen y para el medio ambiente. Esto explica tanto la legitimidad de las medidas estatales que, como las estudiadas, conforman un mercado pasivo para los mismos, como la posibilidad de imponer restricciones intensas, hasta el grado de prohibición, respecto de los mensajes publicitarios destinados a promover dicho consumo.”⁴²

4.3. Marco Normativo de la Publicidad en Colombia. La publicidad en Colombia no se encuentra regulada por un único cuerpo normativo que defina sus parámetros, facultades, restricciones, etc. sino a través de una gran diversidad de normas jurídicas que comparten como común denominador el deber Estatal de velar por un grado de transparencia, pertinencia y suficiencia en la información.

El autor LUIS GABRIEL BOTERO, comparte esta afirmación en su obra “Legislación y Derecho Publicitario”, conforme a la siguiente cita:

“Existen multitud de leyes o decretos que estando difuminados por el mundo jurídico, tienen aplicación en la actividad publicitaria. Ya sea por interpretaciones extensivas

⁴² “Esta comprobación lleva a un interrogante obvio: ¿cuál es entonces el contenido informativo de la publicidad comercial de tabaco que obtiene reconocimiento constitucional, amén de estar vinculado con los derechos de los consumidores? La respuesta a este cuestionamiento debe basarse en la consideración anterior, según la cual los productos de tabaco son intrínsecamente nocivos, por lo que la información que debe obtener reconocimiento constitucional es aquella que ilustre al consumidor potencial sobre los daños que se genera del uso de esa sustancia. A este respecto, la Corte encuentra que el legislador, en consonancia con los compromisos internacionales derivados del CMCT, es especialmente prolijo en la definición de instrumentos dirigidos a informar al consumidor sobre los riesgos en que incurre por el consumo de productos de tabaco.” Sentencia C-830 de 2010.

(pueden regular otro tipo de materias, no necesariamente de la publicidad) o por aplicación directa, estas normas se relacionan con la publicidad, pues se refieren concretamente a aspectos propios de la misma (...).”⁴³

El presente estudio revelará a continuación un marco normativo general en el cual se encuentran algunas normas bajo las cuales se encuentra sometida la actividad publicitaria, de tal manera que sea posible ilustrar parámetros a los cuales deben someterse los anunciantes publicitarios, evitando así riesgos de reclamaciones y/o sanciones eventuales según sea el caso:

Denominación de la norma:	Ilustración:
Ley 09 de 1979 sobre Medidas Sanitarias	A través de esta Ley se señala la importancia de incluir información en los rótulos de comidas y bebidas producidas que correspondan con la realidad a favor de los consumidores. Lo anterior, en relación con los productos, elementos identificadores y materias primas con los cuales fueron elaborados.
Ley 30 de 1986 – Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones	La norma consagra en su artículo 16° el deber de imprimir en el extremo inferior de la etiqueta de toda bebida alcohólica nacional o extranjera, la frase <i>"El exceso de alcohol es perjudicial para la salud"</i> . En la etiqueta deberá indicarse además, la gradación alcohólica de la bebida. A su vez, el artículo 17 de la Ley indica que todo empaque de cigarrillo o tabaco deberá llevar en el extremo inferior de la etiqueta y la leyenda: <i>"El tabaco es nocivo para la salud"</i> .
Decreto 2153 de 1992 – Reestructuración de la Superintendencia de Industria y Comercio y otras disposiciones.	El artículo 48 señala en su primer numeral, que será acto restrictivo de la libre competencia la infracción de las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto del consumidor, razón por la cual cualquier infracción a esta norma se podría evaluar además como una conducta ilícita restrictiva del derecho a la libre competencia.
Ley 124 de 1994 por la cual se prohíbe el expendio	Conforme al artículo 3 de la ley en mención, cualquier publicidad sobre bebidas embriagantes

⁴³ BOTERO, Luis Gabriel. "Legislación y Derecho Publicitario" El Navegante Editores. Bogotá. 1998. Pág. 19.

de bebidas alcohólicas a menores de edad.	debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en la presente Ley.
Decreto 633 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.	<p>El artículo 99 del Estatuto restringe la publicidad en materia financiera, al permiso previo de la Superintendencia Bancaria (Actualmente llamada Superintendencia Financiera), con el fin de que se impida la información falsa, insuficiente, o que se constituyan conductas de competencia desleal.</p> <p>El Estatuto permite la publicidad que verse sobre productos con incentivos al consumidor, siempre y cuando sean de carácter gratuito, exclusivamente entre los clientes y además no representen costos o erogaciones adicionales para el consumidor con ocasión al desarrollo de su vínculo comercial con las prestadoras del servicio.</p>
Ley 140 de 1994 – Reglamentación de la Publicidad Visual en Colombia	<p>Regula los lineamientos generales del uso de la <i>Publicidad Exterior Visual</i>, promoviendo la descontaminación visual, la seguridad vial, la protección del espacio público y otros elementos que pudieran perjudicar la colectividad.</p> <p>El artículo 9 señala la prohibición de incluir conductas de competencia desleal en la elaboración de los anuncios publicitarios a través de vallas, así como otras que atenten contra la moral y las buenas costumbres.</p>
Decreto 677 de 1995 – Régimen Publicidad de Productos Farmacéuticos, Cosméticos y similares.	<p>El Decreto ordena al INVIMA velar por el estricto cumplimiento de los parámetros publicitarios relacionados con la promoción de productos farmacéuticos, cosméticos y de aseo.</p> <p>Los productos farmacéuticos deben cumplir con el principio de veracidad en la información, así como contener datos detallados sobre las cualidades de los productos médicos: composiciones, usos, contraindicaciones, etc.</p> <p>Se prohíbe la información cuando contraríe normas aplicables en materia de educación sanitaria, nutrición o terapéutica; exprese afirmaciones insuficientes o que induzcan a error; o que vulneren otras marcas, productos, o empresas a través de comparaciones o desprestigio.</p>
Resolución 024476 de 1996 del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.	Con el fin de aprobar la publicidad en materia de alimentos y bebidas alcohólicas, la División de Regulación y Vigilancia de Alimentos y Bebidas Alcohólicas debe tener presente que estos productos posean registro sanitario vigente cuando

	<p>la ley así lo ordene.</p> <p>Además, no podrá contenerse alusión alguna sobre propiedades medicinales, preventivas, curativas, que den lugar a apreciaciones falsas sobre las cualidades de los alimentos o las bebidas.</p> <p>Vale decir, que en el texto de la publicidad debe incluirse de manera obligatoria el origen natural de los insumos utilizados en la elaboración de los alimentos o las bebidas alcohólicas.</p>
<p>Circular Única 10 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio, modificada por la Circular Externa 11 de 2002.</p>	<p>El Capítulo II de esta Circular parte del principio según el cual todo tipo de publicidad debe contener información cierta, veraz, comprobable y suficiente. Además, no deberá inducirse al público en error respecto a los productos, servicios, actividades y establecimientos de los oferentes.</p> <p>Teniendo en cuenta lo anterior, la Circular consagra criterios publicitarios relevantes encaminados a proteger la veracidad y la transparencia, entre los cuales se destacan la <i>información engañosa</i>, y la <i>propaganda comercial comparativa</i>⁴⁴.</p>
<p>Resolución 4320 de 2004 del Ministerio de Protección Social.</p>	<p>La publicidad de productos sin prescripción facultativa o de venta libre debe ser autorizada previamente por el INVIMA, siguiendo parámetros de veracidad e indicaciones especiales en sus cualidades.</p> <p>Las indicaciones contenidas deben guiar al público para el uso adecuado del medicamento; deben ser redactadas en idioma castellano de manera clara y precisa.</p> <p>Así mismo, debe evitarse lenguaje técnico que induzca a confusión o error en los usuarios.</p> <p>La emisión a través de medios audiovisuales debe ser realizada bajo parámetros de claridad y precisión en su contenido.</p> <p>Debe respetarse el régimen de la libre y leal competencia, y ajustarse al registro sanitario del producto en cuestión.</p>
<p>Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia.</p>	<p>El artículo 47 de la ley consagra el deber de los medios de comunicación de abstenerse de emitir anuncios publicitarios de contenido que atenten</p>

44 Para efectos de esta investigación, ambas nociones serán desarrolladas en el capítulo V.

	<p>contra la integridad moral, física y psíquica de los menores, así como aquellas que promuevan el consumo de alcohol y cigarrillo a través de la televisión.</p>
<p>Acuerdo CNTV 01 de 2006 – Restringe la Publicidad de Cigarrillos y Tabaco en consideración de los efectos nocivos que produce su consumo en la colectividad.</p>	<p>La publicidad sobre alcohol se restringe en su horario e intensidad dependiendo del tipo de publicidad (Promocional o Indirecta).</p> <p>Si se trata de publicidad promocional, solo podrá anunciarse desde un mes de anticipación del evento cultural o deportivo promocionado, entre las 09:30 p.m. y las 05:00 a.m. del día siguiente y durante el evento; ambos casos en espacios de 60 segundos por cada media hora de programación.</p> <p>El productor o concesionario que anuncie publicidad relacionada con el consumo de bebidas alcohólicas deberá gratuitamente presentar una campaña sobre los efectos nocivos de su consumo excesivo, en una franja que dure la mitad del tiempo semanal utilizado para las pautas publicitarias.</p> <p>En ningún caso podrá anunciarse publicidad relacionada con el consumo de bebidas alcohólicas en franjas destinadas al público infantil.</p> <p>La emisión de los anuncios publicitarios está regulada mediante reglas que limitan su contenido. Para efectos de esta investigación se destaca que “La publicidad de estos productos no podrá asociar su consumo con el éxito o el logro de metas personales, sexuales, profesionales, económicas o sociales, ni afirmar o sugerir que el consumo sea algo deseable u opción válida para resolver problemas, ni ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad.⁴⁵”</p> <p>Tampoco podrá contener imágenes o mensajes que asocien el consumo de alcohol por mujeres embarazadas, menores, o durante la conducción de vehículos.</p> <p>El Acuerdo restringe la publicidad del consumo de tabaco en todo caso, sin perjuicio de su modalidad.</p>
<p>Ley 1335 de 2009 – Ley Antitabaco.</p>	<p>Los artículos contenidos en el Capítulo III consagran restricciones a la publicidad del tabaco en los siguientes términos:</p> <p>En primer lugar, el empaquetado no puede estar dirigido al público menor de edad.</p> <p>Adicionalmente, debe tener pictogramas ilustrativos y advertencias relacionadas con la</p>

45 Artículo 5 literal 4 del Acuerdo en mención.

	<p>nocividad del consumo de tabaco.</p> <p>Se deben prohibir afirmaciones falsas sobre las calidades de los cigarrillos, tales como “light”, “mild”, ya que no excluyen ni atenúan el grado de nocividad en su consumo.</p> <p>Se prohíbe la publicidad sobre consumo de tabaco a través de medios de comunicación dirigidos al público general y la Publicidad Exterior Visual.</p>
<p>Acuerdo CNTV 03 de 2010 – Restringe el contenido violento y sexual en la publicidad durante las franjas televisivas dirigidas al público infantil.</p>	<p>Si bien restringe la violencia en la publicidad anunciada en las franjas infantiles, esta limitación no es absoluta siempre y cuando a) no sea el mensaje o tema fundamental; o b) cuando lo sea pero por fines pedagógicos.</p> <p>Así mismo, restringe el contenido de escenas sexuales, permitiéndolo siempre y cuando no sea el contenido principal o tenga fines pedagógicos. Cualquiera sea el caso, no podrán exhibirse escenas sexuales de primer plano.</p> <p>El Acuerdo excluye el material pornográfico en todo caso.</p>
<p>Ley 1480 de 2011 – Nuevo Estatuto del Consumidor.</p>	<p>Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la nueva norma de protección a los consumidores, ellos tienen derecho -entre otros- a recibir información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrecen o se pongan en circulación, así como de los riesgos en su uso o consumo.</p> <p>Así mismo, establece que los consumidores tienen derecho a recibir protección en contra de la <i>publicidad engañosa</i>.</p> <p>En su artículo 2 define la publicidad como “<i>toda forma y contenido de comunicación destinado a influir en las decisiones de consumo</i>”.</p> <p>Define la publicidad engañosa como “Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”, es decir, que además de la falsedad, deberá ser susceptible a inducir a error para que se configure el engaño en el mensaje publicitario.</p> <p>El Título IV DE LA PUBLICIDAD establece que las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad, obligan al anunciante, dándole a esta actividad los efectos de una oferta pública con</p>

	<p>carácter obligatorio.</p> <p>Prohíbe la publicidad engañosa y atribuye responsabilidad en contra del anunciante -así como del medio de comunicación en caso de hallarse dolo o culpa grave-. Consagra además que el anunciante deberá responder por daños y perjuicios al consumidor afectado por ausencia de condiciones objetivas de la publicidad.</p> <p>Establece condiciones de información sobre productos nocivos, aclarándose no obstante que este precepto no irá en contravía con leyes específicas que prohíban la publicidad de determinados productos (Ej.: Ley Antitabaco).</p>
--	---

4.4. Aspectos Generales de la Autorregulación Publicitaria en Colombia. Una de las falencias de la legislación publicitaria en nuestro país consiste en que no necesariamente ha respondido a las necesidades sociales y comerciales requeridas durante circunstancias y épocas determinadas. Aunado a lo anterior, en Colombia nunca ha existido una legislación que regule el tema de manera integral a través de un único órgano normativo, sino como ya se indicó, mediante normas fragmentadas y criterios disímiles con la realidad fáctica.

Dados estos inconvenientes, en 1980 surgió la necesidad en el gremio publicitario colombiano de autorregularse a través de un sistema alternativo que les permitiera sentar sus reglas de conducta y dirimir sus conflictos de manera autónoma al marco jurídico de la época.⁴⁶

⁴⁶ “En 1980, las diferentes asociaciones vinculadas a la industria de la publicidad: Asociación Nacional de dirigentes de Mercadeo y Ventas (DIRIVENTAS), Unión Colombiana de empresas Publicitarias (UCEP), Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA) Asociación de Medios de Comunicación (ASOMEDIOS), e Internacional Advertising Association (I.A.A.), capítulo de Colombia, aprobaron la adopción del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria” ROJAS GONZÁLEZ, Clara Leticia. “La Autorregulación Publicitaria en Colombia” Editorial Temis. Bogotá. 1993. Pág. 28.

En virtud de este consenso general, estas asociaciones adoptaron el Código de Autorregulación Publicitaria, y crearon la COMISIÓN NACIONAL DE AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA (En lo sucesivo, CONARP) como máximo órgano de vigilancia de la ética publicitaria.

Vale decir, en 1998 fue suscrito un código actualizado cuya vigencia se mantiene actualmente.

4.4.1. Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria de 1998. El Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria es un órgano normativo de carácter netamente ético, cuyo origen versa en el acuerdo de voluntades entre asociados del sector publicitario, quienes decidieron someterse a lineamientos y responsabilidades comunes y definidas. Por ende, todo quien se adhiere al Código de Autorregulación, debe acogerse a la totalidad de sus disposiciones⁴⁷.

El artículo 8⁴⁸ del Código consagra el deber de los anuncios de cumplir con las normas Constitucionales, legales y éticas vigentes, de manera acorde con la realidad económica y social del país; el artículo 9⁴⁹, de respetar las normas y principios de la leal competencia, enfatizando en la prohibición de denigrar, confundir, y/o inducir a error

47 Artículo 1: NATURALEZA: El Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria es una disposición de naturaleza ética, procedente de la voluntad privada del sector publicitario de establecer normas que rijan los contenidos del mensaje publicitario y establezcan responsabilidades y consecuencias para quienes deben someterse a sus lineamientos.

48 Artículo 8. Los anuncios deberán cumplir las normas Constitucionales, legales y éticas vigentes y estar acordes con los objetivos del desarrollo económico, cultural y social del país.

49 Artículo 9. Los anuncios deben respetar las normas y principios de la leal competencia. No podrán denigrar, confundir, ni realizar afirmaciones que no correspondan a la verdad en relación con productos, marcas o empresas de la competencia, ni atribuir a los productos anunciados características y calidades objetivas que no sean ciertas y comprobables.

con respecto a los productos propios y/o de la competencia. Éstas son conductas propias de la Ley 256 de 1996 que serán desarrolladas en el Capítulo V.

En virtud del artículo 4⁵⁰ del Código de Autorregulación Publicitaria, la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (en lo sucesivo, CONARP) tiene asignada la función de velar por el cumplimiento de las normas presentes en el Código, aplicar los correctivos necesarios y expedir conceptos, sugerencias y recomendaciones que surjan de su aplicabilidad.

Entre las funciones de la CONARP, indicadas en el artículo 59, se encuentran: a) expedir las disposiciones necesarias para la correcta aplicación del Código, b) reglamentar los procedimientos para acudir a la CONARP y, c) conceptuar de oficio o a petición de parte sobre la vulneración o no de las disposiciones del Código en casos particulares; así como solicitar la aplicación de los correctivos y sanciones correspondientes⁵¹.

4.5. La Regulación de la Publicidad a la Luz de la Ley 256 de 1996. Si bien la publicidad no se encuentra regulada expresamente por la L.C.D., los preceptos generales analizados en el capítulo anterior permiten su evaluación a través de esta norma.

50 Artículo 4. COMPETENCIAS : Corresponde a la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria -CONARP-, integrada en la forma dispuesta por el correspondiente reglamento, velar por el cumplimiento de las normas contenidas en el presente código, aplicar los correctivos necesarios y expedir los conceptos, sugerencias y recomendaciones que surjan de su aplicabilidad, conforme lo dispone el capítulo SÉPTIMO del Código.

51 De conformidad con el artículo 60 del Código, la CONARP se encuentra integrada por dos representantes de cada una de las asociaciones adherentes al Código, representantes de los ex-presidentes de la CONARP, y adherentes independientes en los términos que establezca el reglamento.

Al tratarse de una *actividad comercial ejercida en el mercado*, encaminada a mantener o mejorar la participación de los oferentes que la utilizan, puede ser regulada por la L.C.D. y por ende dar cumplimiento el ámbito objetivo de aplicación consagrado en el artículo 2, el cual establece que los actos desleales deben ocurrir en este escenario, con “fines concurrenciales”⁵².

A su vez, tal y como fue puesto de presente en el numeral 3.4.7. del presente estudio, el alcance de la cláusula general de prohibición consagrada en el artículo 7 de la L.C.D. permite evaluar todo acto o hecho desleal que afecte ilícitamente la concurrencia del mercado, la buena fe mercantil, las sanas costumbres comerciales, los usos honestos y, especialmente, la libre decisión de compra de los consumidores.

Este punto reviste de una importancia fundamental toda vez que **la publicidad** es plenamente evaluable en virtud del artículo 7 al tratarse de una actividad esencialmente comercial cuyo objetivo recae en influir en la decisión de compra del público, a favor de quien anuncia. En efecto, una conducta reprobable y anómala, contraria a la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia comercial e industrial que acontezca mediante esta actividad comercial, podrá ser evaluable por la L.C.D. a través de la Cláusula General de Prohibición sin perjuicio del momento, modo o lugar en que se presenten los efectos potenciales o reales, máxime si a través de su ejecución se influye de manera éticamente reprobable en la decisión de compra del público consumidor a quien se dirige.

⁵² “El hecho de que la publicidad sea una forma de comunicación comercial tiene una especial relevancia al analizar si una campaña publicitaria o un anuncio individual son o no son constitutivos de competencia desleal, pues siendo una exigencia legal que la conducta que se investiga constituya un acto de competencia (artículo 2o de la Ley 256 de 1996 - que el acto se realice en el mercado y que tenga fines concurrenciales), el elemento comercial que envuelve la publicidad hace que esta cumpla con ese elemento imprescindible para que una conducta sea calificada como un acto de competencia y, por lo tanto, para que pueda ser evaluada a la luz de las normas sobre competencia desleal.” Superintendencia de Industria y Comercio - Resolución No 32749 diciembre 29 de 2004.

4.6. La Protección de los Preceptos del Código de Autorregulación Publicitaria a través de la Ley 256 de 1996. Es preciso anotar que si bien las disposiciones del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria tienen carácter vinculante únicamente frente a quienes se someten a ellas, en la Resolución No 32749 de 2004, la Superintendencia de Industria y Comercio ofreció una afirmación de considerable importancia para efectos de este estudio, al haber indicado que los lineamientos de Código se constituyen en **sanas costumbres mercantiles** y **usos honestos** del mercado, de manera tal que la Ley 256 de 1996 podría proteger el cumplimiento de sus enunciados en virtud de la Cláusula General de Prohibición, **aún cuando si quienes cometen dichas infracciones, no están sujetos a sus disposiciones.**

La Superintendencia de Industria y Comercio señaló en esa Resolución lo siguiente:

*“Sobre el particular, es del caso precisar que Colombia cuenta con un Código de Autorregulación Publicitaria de avanzada, que no solo refleja los principios universales existentes en la mayoría de códigos que hay en el mundo, sino que ha sido adecuado a las necesidades nacionales, lo cual lo coloca a la vanguardia en la materia. Si bien el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria **no es una norma legal expedida por el Estado, lo cierto es que dicho código enmarca la forma honesta y aceptada por la colectividad, acerca de la manera como las personas que realizan publicidad deben anunciar sus productos y servicios en el mercado. En tal sentido, su observancia no deriva de la adhesión formal que al mismo haga el anunciante, como lo afirma el accionado, sino de ser una recopilación de prácticas consideradas honestas y cuya observancia es seguida por la generalidad de la industria publicitaria, lo cual genera que, en los términos de los artículos 7 y 8 de la Ley 256 de 1996, puedan ser consideradas como usos honestos en materia comercial y como una***

*materialización de las sanas costumbres mercantiles en el tema publicitario.”*⁵³

[Énfasis fuera del texto original]

Ésta sin duda constituye una apreciación significativa para el alcance de la Ley 256 de 1996, toda vez que permite que las infracciones a las disposiciones del Código de Autorregulación Publicitaria sean **evaluadas y sancionadas** por la Ley 256 de 1996, a través de la Cláusula General de Prohibición y su protección a favor de la buena fe comercial, los usos honestos en materia comercial e industrial y las sanas costumbres mercantiles. De aceptarse esta tesis, sería posible que la autorregulación no se desligue totalmente de una protección jurídica. En *contrario sensu*, sus disposiciones se encontrarían cobijadas por la Ley 256 de 1996, siempre y cuando su correspondiente infracción fuera realizada con el fin de mantener o aumentar la participación concurrencial del infractor de manera desleal⁵⁴.

4.7. Conclusiones Preliminares.

1. En el presente capítulo se dio a conocer la definición, naturaleza y objetivos de la publicidad, así como su rol en el mercado al impulsar la comercialización de productos y satisfacer los intereses de los consumidores.

53 Resolución 32749 de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio.

54 “Sin embargo, a pesar de las bondades que a simple vista pueda tener la existencia de un órgano que propugne la autorregulación en el medio publicitario, la realidad es un poco distinta. Pese a reconocer sus avances, voceros entrevistados por P&M afirman que la labor de la CONARP tiene serios vacíos y que en términos generales es una entidad a la que le “hacen falta dientes”.

De acuerdo con Fernando Martelo, presidente de la agencia Publicis CB, aunque la CONARP es una loable iniciativa, factores como “el tiempo que toman los procesos, el que los medios no se adhieran a los fallos y que éstos no puedan hacerse públicos van en contra de su efectividad”.

Opinión que coincide en buena parte con Juan Carlos Peña, de la agencia Lowe/SSPM, quien considera que una de las principales falencias de la CONARP es su falta de poder legal, lo cual les resta efectividad a sus pronunciamientos. “Su efectividad depende mucho de las expectativas que se tengan sobre su operación. Es un ente bien intencionado, que sirve como instancia para resolver inconvenientes pero apelando a la ética profesional”, agrega Peña.” “La CONARP ¿Hay que dotarla de Colmillos?” Disponible en la Revista Publicidad y Mercadeo. No. 293. Julio de 2005.

2. Adicionalmente, se evidenció que su ejercicio indebido puede manipular irregularmente el libre discernimiento del público e inducirlo a error, perjudicar las actividades comerciales de los competidores y terceros en el mercado, así como vulnerar disposiciones jurídicas de orden público y utilidad social en perjuicio de la colectividad.
3. Debido a la diversidad de bienes jurídicos que pueden verse vulnerados a través de la actividad publicitaria y su capacidad de persuasión en el desarrollo de las relaciones mercantiles, el Estado colombiano ha tenido la obligación Constitucional de regular su ejercicio. Sin embargo, la legislación colombiana no cuenta con un órgano único que permita concentrar la regulación de la publicidad, la cual está constituida en multiplicidad de normas que limitan su actividad de manera expresa o (como es el caso de la Ley 256 de 1996) indirecta.
4. La tendencia de regular la publicidad de manera fragmentada y disímil con las necesidades socio-económicas del momento, conllevó a que el gremio publicitario se hubiera sometido hace más de treinta años a la primera versión de un Código único –actualizado en 1998- de carácter ético y autónomo que si bien se encuentra a la vanguardia en la materia, su falta de coercibilidad la torna insuficiente para el control de dicha actividad.
5. Sin perjuicio de la realidad jurídico-publicitaria expuesta anteriormente, fue posible evidenciar que la publicidad es una actividad viable de ser regulada por la Ley de Competencia Desleal, ya que se adecua al alcance de la Cláusula General de Prohibición, la cual se convierte en un pilar de aplicación encaminado a reprimir y sancionar la deslealtad que emane de las actividades comerciales que atenten contra la buena fe mercantil, la concurrencia del mercado, el libre discernimiento de

compra de los consumidores, las sanas costumbres comerciales y los usos honestos en materia comercial e industrial.

6. Además, a la luz de una tesis por lo demás interesante en su exposición, fue posible evidenciar cómo aún las disposiciones del Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria pueden ser susceptibles de protección por la L.C.D., al tratarse de un conjunto de usos honestos y sanas costumbres mercantiles evaluables por la Ley 256 de 1996 según lo dispuesto en la Cláusula General de Prohibición, lo cual abre las puertas a una alternativa coercitiva aún extensible hacia los órganos sometidos a la autorregulación.

V. ALCANCE DE LA LEY 256 DE 1996 EN MATERIA PUBLICITARIA A LA LUZ DE SUS SUPUESTOS FÁCTICOS

5.1. La Tipificación de Conductas Desleales en la Ley 256 de 1996. En adición a los preceptos previamente analizados de la Cláusula General de Prohibición, la deslealtad en materia publicitaria es susceptible de evaluación por la L.C.D. a través de un listado de supuestos fácticos particulares consagrados en la norma, no taxativos e incluidos por el legislador, quien los determinó como *desleales* en el momento de su expedición según las realidades sociales y económicas.

Los autores JUAN JORGE ALMONACID y NELSON GERARDO GARCÍA LOZADA exponen la razón de la inclusión de los supuestos fácticos desleales en la Ley 256 de 1996, bajo el siguiente tenor:

*“Las múltiples formas que pueden presentar los actos desleales en el mercado se asemejan a Proteo, quien “se refugia en mil formas” para, a través de ellas, dañar la correcta competencia. Por ello la Ley 256 de 1996 hace una tipificación de supuestos constitutivos de prácticas desleales, recogiendo las conductas tradicionales de confusión, descrédito, violación de secretos, desorganización de la empresa, engaño y desviación de clientela. Pero al lado de estas prácticas, se establecen otras modalidades que sólo se han perfeccionado con la evolución más reciente de la disciplina, tales como la explotación de la reputación ajena, la inducción a la ruptura contractual, la violación de normas, la discriminación y la venta a pérdida.”*⁵⁵

⁵⁵ ALMONACID, Juan Jorge; GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Editorial Legis, Bogotá. Pág. 271.

En virtud del presente estudio, se analizará el alcance de la Ley 256 de 1996 en materia publicitaria desleal, a través del conjunto de supuestos fácticos aplicables: desviación de clientela, confusión, engaño, descrédito, comparación, imitación, explotación de la reputación ajena y violación de normas jurídicas.

5.1.1. Artículo 8 - Actos de Desviación de Clientela⁵⁶. Tal y como fue manifestado previamente, la desviación de clientela es un fenómeno comercial permitido y avalado por el Estado al tratarse de una respuesta natural del mercado al comportamiento del participante que logra beneficiar a sus compradores a través de las cualidades de sus productos. Como consecuencia, el productor percibe un aumento en su ingreso y participación concurrencial.

La infracción se configura cuando **los medios** utilizados son contrarios a las prácticas honestas que deben emanar de la actividad comercial, y susceptibles de causar un daño potencial o efectivo.

El autor español ALBERTO BERCOVITZ, en su obra “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991” indica la relación que debe existir entre la obligación de los participantes de competir comercialmente y aquella de atenerse a los buenos usos y las sanas prácticas comerciales, para tal efecto:

“Para conseguir ese objetivo de que los empresarios se esfuercen en captar a la clientela gracias a las prestaciones que ofrecen, mejorándolas continuamente, no basta con imponer la obligación de competir, que es lo que hace el derecho anti trust. Es

⁵⁶ ARTÍCULO 8. Actos de Desviación de la Clientela. Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

preciso, además, evitar que la clientela sea captada por medios que no se basan en la calidad y condiciones de las prestaciones ofrecidas, ni se basan en la eficiencia empresarial, sino en actuaciones que distorsionan el sistema. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se atrae a la clientela creando confusión entre los productos propios y los más acreditados de un competidor, mediante el engaño, u ofreciendo primas que disfrazan los precios o la calidad de los productos”. 57

Este artículo se ajusta al sentido generalizado de protección de la L.C.D. al no sólo condenar las conductas que generen una desviación indebida de clientela, sino a prevenir aquellas consideradas objetivamente idóneas para tal efecto⁵⁸. En materia publicitaria, los anunciantes tienen el deber de ejercer la actividad con rectitud y transparencia, absteniéndose de generar desviaciones desleales de clientela, las cuales comúnmente ocurren de manera conjunta con otros supuestos fácticos a analizar.

57 “Queda claro, por consiguiente, que para que el sistema competitivo funcione, y eso es lo que pretende el legislador, hay que obligar a competir a los empresarios, pero no basta con eso. Hace falta, además impedir que al competir se utilicen medios que desvirtúen el sistema competitivo, al permitir atraer a la clientela mediante actuaciones incorrectas, en el sentido que no se basan en el esfuerzo del propio empresario ni en la calidad y ventajas de las prestaciones que ofrece”. BERCOVITZ, Alberto. “La Regulación contra la Competencia Desleal en la ley de 10 de Enero de 1991”. Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio de Madrid. Madrid, 1992. Pág. 15.

58 “La Ley 256 de 1996 es una disposición que se aplica en forma general a todo el mercado y que busca que quienes en este participan, sean o no comerciantes, se abstengan de emplear, en sus actos competitivos, medios o mecanismos que puedan ser calificados como desleales. En tal sentido, la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela, ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino solamente la utilización de medios indebidos para competir, los cuales, precisamente por ser indebidos, distorsionan la realidad del mercado, pueden causar perjuicio injustificado a quienes los sufren y rompen la igualdad de quienes compiten lealmente en el comercio, al generar frente a estos últimos un desequilibrio que solo se rompería si los competidores leales se vieran obligados también a emplear métodos desleales, lo cual resultaría igualmente reprochable, generándose un caos total en el mercado y exponiéndose al consumidor a las consecuencias nefastas que tal realidad comercial traería.” Resolución No. 4987 Marzo 9 de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio.

5.1.2. Artículo 10 – Actos de Confusión⁵⁹. Uno de los métodos utilizados por los oferentes para obtener o mejorar su posición concurrencial en el mercado consiste en crear **confusión** entre los consumidores según lo dispuesto en el artículo 10. Desafortunadamente, el texto literal de la norma presenta un inconveniente dado que menciona la prohibición de generar confusión, sin brindar su definición.

Sobre el particular, el autor MAURICIO VELANDIA expresa lo siguiente: “(...) *el verdadero alcance jurídico del acto de deslealtad por confusión aparece dentro del texto del inciso segundo del artículo 14 de la Ley 256 de 1996, el cual trata acerca de la deslealtad por imitación, y deja entrever que la deslealtad por confusión consiste en el error acerca de la **procedencia empresarial** de los productos. De tal suerte que el acto de deslealtad por confusión se presenta cuando existe error acerca de la procedencia empresarial de los productos puestos a disposición del mercado.*” **[Énfasis fuera del texto]**⁶⁰

En algunos casos, los oferentes asumen ilegítimamente la identidad de terceros para generar una **concepción errónea entre los consumidores** sobre la procedencia comercial de sus productos. Por ejemplo, en el previamente citado caso FRISBY vs. PINKY, el segundo pretendió suplantar la identidad del primero al anunciarle al público que FRISBY había cambiado su nombre comercial a PINKY, lo cual carecía de todo sustento legítimo.

59 ARTÍCULO 10. Actos de Confusión. En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 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.

60 VELANDIA. Op. Cit. Pág. 301.

Otra modalidad de la confusión en la publicidad ocurre cuando los oferentes asemejan sus establecimientos y prestaciones con las de sus rivales, de tal manera que pueden generar una concepción errónea sobre la existencia de una relación comercial entre entidades⁶¹.

5.1.2.1. Resolución Superintendencia de Industria y Comercio No. 00045 de 2004 – KENWORTH DE LA MONTAÑA S.A. Vs. CASA INGLESA IVOR LTDA.

Valiéndose de un anuncio publicitario impreso publicado en el periódico EL TIEMPO el día 14 de julio de 2002, la sociedad CASA INGLESA IVOR promocionó el lanzamiento de la Tractomula “KENWORTH T2000” en el Autódromo de Tocancipá que habría de celebrarse ese día. El aviso publicitario incluía una imagen fotográfica del vehículo mencionado y el anuncio de su lanzamiento.

La sociedad anónima KENWORTH DE LA MONTAÑA demandó a CASA INGLESA IVOR LTDA., toda vez que fue aquella y no el citado anunciante quien ese día, en calidad de copatrocinadora del evento celebrado en el autódromo de Tocancipá, lanzó la Tractomula KENWORTH T2000 en el mercado colombiano.

La Superintendencia de Industria y Comercio consideró que CASA INGLESA IVOR LTDA., incurrió en un acto desleal de **confusión** al haber anunciado un producto sobre el cual no tenía derecho de importación alguno, a través de un aviso publicitario

⁶¹ Al referirse sobre la confusión mediante la Resolución N° 10030 de 2004 la Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció sobre sus modalidades de la siguiente manera: “Un acto es capaz de crear confusión, cuando la conducta desarrollada por el actor es apta, tiene las cualidades o puede producir en los receptores de la misma una mezcla de identidades (confusión en sentido estricto), o cuando puede llevar a dichos receptores a considerar que entre la persona que realiza el acto y otra empresa o establecimiento existe una vinculación o una relación comercial que lleve al consumidor a pensar que los productos, servicios o marcas de quien genera la confusión son hechos o se encuentra bajo la responsabilidad de la persona o sociedad con la cual la confusión se genera (confusión en sentido amplio).”

impreso en un periódico de masiva circulación Lo anterior, encaminado en aprovechar para sí la celebración del evento y ofrecer la tractomula KENWORTH T2000 al público posteriormente.

Fue probado que CASA INGLESA IVOR LTDA., no fue copatrocinadora ni organizadora del evento que se realizó en el Autódromo de Tocancipá en la fecha citada, en *contrario sensu* del mensaje encontrado en el anuncio publicitario, encaminado en crear una percepción distinta entre el público⁶².

La Superintendencia evidenció la presencia de confusión en este caso ya que IVOR CASA INGLESA tomó provecho del esfuerzo comercial de un competidor y anunció el lanzamiento ajeno del vehículo como si fuera propio, mediante un diario de masiva circulación en un evento particular. Lo anterior, induciendo al público a creer erróneamente que ellos eran los importadores y promotores del producto en cuestión cuando en realidad aquel provenía de la importación en cabeza de KENWORTH DE LA MONTAÑA.

62 Así lo mencionó la Superintendencia de Industria y Comercio en el siguiente tenor: “Para esta Superintendencia no cabe duda que el hecho de difundir un aviso publicitario anunciando el lanzamiento de un producto (tractomula Kenworth T2000), en un lugar y en una fecha determinados (Autódromo de Tocancipá - 14 de julio de 2000), e incluir en dicho aviso una fotografía del bien que supuestamente se va a lanzar al mercado, lleva necesariamente al lector del aviso a concluir que quien es responsable del aviso (Industrias Ivor Ltda. Casa Inglesa) va a lanzar al mercado el producto que anuncia, en el lugar y en la fecha en que informa que lo hará.

Es de anotar que, en adición a lo anterior, la conducta de la demandada es en todo contraria a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial, pues resulta a todas luces opuesto al obrar habitual de quienes actúan en forma honesta en el comercio, que un anunciante difunda un aviso publicitario informando que lanzara en un evento determinado un bien en el mercado, a sabiendas que no participara en dicho evento y que, por el contrario, si lo hará su competidor” Resolución Superintendencia de Industria y Comercio No. 00045 de 2004.

5.1.3. Artículo 11 - Actos de Engaño⁶³. En virtud del tenor literal del artículo se evalúa cualquier tipo de conducta que inescrupulosamente le genere al público una errónea percepción de la realidad con respecto al competidor **ajeno**, sus prestaciones, actividades, o establecimientos.

El autor MAURICIO VELANDIA expresó su desconcierto con la inclusión del término “ajeno” en su obra previamente citada, estableciendo a su vez la diferencia entre el engaño y la confusión: *“resulta extraño que el régimen colombiano hubiese incluido la expresión ajeno, pues las demás legislaciones no incluyen tal distinción, y el supuesto fáctico de engaño se explica en ellas como el error sobre lo propio, todo lo contrario a lo que ocurre en nuestra esfera. (...) Así las cosas, en tanto a que en la confusión el error resulta ser acerca de la procedencia empresarial, conocido como riesgo asociativo, en el engaño el error va encaminado a atacar todo el entorno del producto, propio o ajeno*⁶⁴”.

Teniendo en cuenta el inconveniente señalado en la redacción de la norma colombiana con la inclusión del término “ajeno”, se recomienda que la conducta engañosa frente a la publicidad sobre productos propios, se evalúe a la luz de la Cláusula General de Prohibición, la cual consagra como desleal cualquier acto contrario a la buena fe comercial, sanas costumbres mercantiles y usos honestos en materia comercial e

63 Artículo 11. Actos de Engaño. En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 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 inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

64 Op. Cit. Pág. 306.

industrial encaminado en afectar la libre decisión de compra de los compradores o consumidores. Al respecto se pronunció el Dr. JAECKEL KOVACS:

“Es de anotar que ni en la ley española, ni en el proyecto inicial que fue presentado a consideración del Senado, los actos de engaño hacen referencia al competidor, pues en tales textos el error al que se induce al público está circunscrito a la propia oferta. En tal sentido el Proyecto de Ley buscaba castigar la falsa publicidad, la cual quedó excluida del artículo 11 de la Ley 256 de 1.996., cuando dicha falsedad se refiere a los productos, servicios o prestaciones propios.

En este punto toma importancia la cláusula general del artículo 7º, toda vez que no estando incluida la falsa publicidad en ninguno de los casos enunciados expresamente por el Legislador, se hace necesario acudir a esta norma para reprimir tales conductas, pues constituye un medio desleal apto para inducir a error y engaño al consumidor”⁶⁵

5.1.3.1. La Publicidad Engañosa y la Ley 256 de 1996. En materia publicitaria, el engaño no es evaluable a través de la L.C.D. en virtud de la falsedad del mensaje *per se*, sino en la susceptibilidad de inducir a error⁶⁶. Así se logra desprender del artículo 11 de la L.C.D. al no catalogarse una aseveración como engañosa en virtud de su falsedad, sino en su capacidad de inducir a error al público.

⁶⁵ “Apuntes de Competencia Desleal”. Pág. 42.

⁶⁶ En efecto, el autor RICARDO ANTEQUERA PARILLI resalta la potencialidad de la publicidad engañosa para inducir a error de la siguiente manera: “Todo lo anterior quiere decir que no toda publicidad que se aleje de la estricta verdad es engañosa, sino que debe tener la aptitud para engañar al consumidor, de manera tal que pueda inducirlo en error al momento de hacer la selección del producto o el servicio que desea adquirir o contratar, es decir, que pueda “determinar la decisión de compra de los consumidores”, por lo que debe acreditarse “ la no veracidad de la información” y la “aptitud de engaño”. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “Estudios de propiedad industrial y Derechos de Autor”. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 2009. Pág. 100.

En virtud del desarrollo de esta premisa, el presente estudio expone una clasificación compuesta de tres categorías de mensajes publicitarios, establecidos por el Doctor JAECKEL KOVACS en su obra “*La Publicidad Engañosa*”⁶⁷ idóneos para evidenciar su relación con la falsedad y su evaluación a través de la L.C.D.

5.1.3.1.1. Mensajes Literalmente Falsos. Tratándose de afirmaciones objetivas consagradas en un anuncio, para determinar su veracidad basta con contrastarse su contenido con la realidad. Por ejemplo, si un mensaje afirma que una bebida determinada contiene 100% productos naturales, esto puede evaluarse científicamente para comprobar la veracidad o falsedad de la premisa.

Una particularidad de la Ley de Competencia Desleal que la diferencia de otras normas anteriormente expuestas en materia publicitaria, consiste en que el anuncio falso **no** es sancionable *per se* y, por ende, el anunciante demandado puede demostrar que no constituye un comportamiento desleal si no es apta para inducir al público a error sobre el producto ajeno, o alterar su libre decisión de compra⁶⁸.

5.1.3.1.2. Mensajes Literalmente Ciertos pero Engañosos. Estos mensajes publicitarios contienen afirmaciones objetivas que, si bien podrían interpretarse como

67 “JAECKEL KOVACS, Jorge. “La publicidad engañosa”. En <http://www.jaackelmontoya.com>. Pág. 6. Consulta realizada en diciembre de 2010.

68 “Cuando un mensaje es literalmente falso, las mayorías de las reglamentaciones descalifican el mismo por este sólo hecho, sin que se exija que el demandante o quien solicita la investigación, demuestre el engaño que se ha producido en el consumidor. Lo anterior se debe a que las normas consideran que el engaño es una consecuencia directa de la falsedad de la afirmación. En tal sentido la única defensa que podría exponer el anunciante, consistiría en aportar las pruebas que demuestren la veracidad de su mensaje.

La única excepción a este principio se encuentra en la Ley de Competencia Desleal, la cual establece que las afirmaciones o indicaciones falsas o engañosas constituyen un mecanismo apto para inducir al consumidor a error, lo cual es a juicio de dicha ley una conducta que se presume desleal. Dado que la ley estableció una presunción y no una descalificación *a priori*, la norma dejó abierta la puerta para que el demandado demuestre que si bien su afirmación no es verdadera, la misma tampoco es desleal, lo cual en este caso concreto implicaría que la misma no engaña a las personas a las que se dirige o alcanza.” *Ibíd.* Pág. 7.

verdaderas, habrían de ser consideradas como engañosas por la manera en que son presentadas al público. El Dr. JAECKEL KOVACS en su obra recientemente citada se refirió al respecto:

*“(...) El fin primordial que persiguen las normas sobre engaño es prevenir al consumidor del error al que puede ser inducido como consecuencia de los mensajes que recibe. Así, a pesar de que el análisis del contenido de una afirmación puede ser objetivamente verdadero, la forma como es expuesta conduce al consumidor a una percepción distorsionada del producto que se ofrece. (...) El análisis de un anuncio debe hacerse en su conjunto y dentro del contexto en el que se presenta. En tal sentido no es correcto analizar afirmaciones sueltas y descontextualizadas, toda vez que el consumidor no decodifica el mensaje en varias imágenes o afirmaciones, sino como un todo que transmite una idea central siguiendo una misma línea de argumentación”*⁶⁹

Citando un ejemplo: Un anuncio publicitario menciona que con tres cucharadas de una bebida hidratante en polvo disuelta en agua se obtendrá una “*jarra para toda la familia*”. Sin embargo, no indica las medidas exactas de las cucharadas ni el número de personas que habrían de conformar el núcleo familiar para obtener el resultado que se plantea. Como consecuencia de estas premisas, el consumidor recibe información ambigua sobre ventajas que no se materializan en todos los casos, dado el carácter incompleto y descontextualizado del mensaje.

De este modo se configura el engaño, ya que mediante estos mensajes deficientes en su contenido informativo e integral, se altera la decisión de compra de los consumidores.

⁶⁹ *Ibíd.* Pág.8.

5.1.3.1.3. Elogios Subjetivos que hace el Anunciante. Estos se constituyen en los enaltecimientos que hace el anunciante a favor de sus productos o servicios. Consisten en afirmaciones, que a pesar de no ser ciertas ni comprobables, no pueden catalogarse como engañosas ya que son una serie de elogios hiperbólicos y personales utilizados por el productor para promocionar sus bienes y servicios, que no inciden de manera directa ni relevante en la decisión de compra de los consumidores.

Tal y como lo expone el Dr. JAECKEL KOVACS: *“Uno de los puntos más conflictivos que se presenta en la práctica publicitaria, hace relación a los elogios que el mismo anunciante hace de sus productos o servicios (puffery). Estos casos corresponden a afirmaciones que a pesar de no poder ser comprobadas y no ser ciertas, tampoco son engañosas, con lo cual se reafirma el principio que lo que se debe analizar y reprimir es el engaño, más allá de la veracidad o falsedad de una afirmación.*

*Tradicionalmente ha sido aceptado que las afirmaciones subjetivas que de alguna forma envuelven una exageración son permitidas y no requieren ser comprobadas, toda vez que el consumidor no la percibe como engaño, sino como un simple elogio normal en la publicidad, que no es determinante ni creíble por parte del consumidor.”*⁷⁰

Se puede entonces evidenciar que si bien estas afirmaciones subjetivas exageran las bondades de los productos o servicios, los receptores no las perciben como formas de engaño, sino como elogios personales del anunciante, no determinantes en la decisión

70 *Ibíd.* Pág.8.

de compra, por lo cual no se configura la deslealtad en virtud del artículo 11 o la Cláusula General del artículo 7 de la L.C.D.⁷¹.

5.1.3.2. La Publicidad Engañosa en el Código de Autorregulación Publicitaria.

Merece ser expuesta la posición del Código de Autorregulación, ya que en su artículo 16⁷² señala no sólo que las afirmaciones objetivas requieren prueba previa al momento de su emisión (salvo las que por su carácter hiperbólico e inofensivo no lo ameritan), sino que además **aquellas subjetivas que tiendan a ocasionar confusión o engaño, no serán aceptadas.**

Este punto es de gran importancia, dado que restringe una facultad inmersa en los anuncios publicitarios subjetivos en el sentido que su ejercicio abusivo podría afectar la transparencia del mercado en perjuicio de sus participantes. Sería en efecto interesante que en la práctica un agente interpusiera los mecanismos de protección de la L.C.D. alegando la deslealtad de un anuncio de carácter subjetivo, fundándose en la violación al

71 Por ejemplo, AXE es promocionado a través de anuncios publicitarios en los cuales individuos de género masculino utilizan este desodorante. Esto generalmente conlleva a que un diverso grupo de mujeres los persigan en contextos sexualmente insinuantes y humorísticos. El consumidor promedio es consciente que estas situaciones no se presentarán en la realidad como consecuencia del uso de este producto, y que sin embargo este contenido no habría de ser engañoso ya que corresponde a elementos subjetivos en los cuales los anunciantes exageran las bondades de sus productos en un contexto que no es objetivo ni serio.

72 Artículo 16. DESCRIPCIONES Y ARGUMENTACIONES DEL ANUNCIO: OBJETIVAS: Toda descripción, argumentación o afirmación que se haga en el anuncio, relacionada con hechos o datos objetivos, debe ser comprobable. Los responsables del anuncio publicitario deberán contar con las pruebas que sustenten sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio y deberán suministrarlas a las autoridades éticas competentes en el momento en que les sean solicitadas

La utilización de estas afirmaciones, no requerirá prueba cuando se trate de exageraciones obvias que a juicio de la CONARP, no conduzcan a confusión o engaño.

SUBJETIVAS: Las afirmaciones subjetivas que buscan producir confusión y engaño no son aceptadas.

Código de Autorregulación como un **uso honesto en materia comercial o sana costumbre mercantil**.

5.1.3.3. Publicidad Engañosa - Resolución Superintendencia de Industria y Comercio No. 32749 diciembre 29 de 2004 – BETATONIO Vs. BLOCKBUSTER.

El 7 de marzo de 2002, BETATONIO interpuso acción en contra de VIDEO COLOMBIA S.A., titular de los establecimientos de BLOCKBUSTER VIDEO en Colombia, por actos de competencia desleal entre los cuales se encontraba el engaño. Los anuncios acusados fueron realizados a través de los siguientes medios: publicidad radial mediante la emisora “La Mega” el día 6 de julio de 2001; y publicidad escrita durante los meses de enero y abril de 2001 y entre enero y febrero de 2002.

5.1.3.3.1. Anuncio Publicitario Radial: El anuncio radial fue el siguiente: *“Blockbuster Video trae nuevamente a Colombia una de las más grandes producciones del cine mundial: diciembre 7 de 1941, Pearl Harbor, Hawái, donde el amor, la guerra, la amistad y la traición son los principales protagonistas. “Pearl Harbor”, una película que sólo Blockbuster Video te ofrece con la mejor calidad y sonido del mercado”.*

El mensaje publicitario extraído, a la luz del pronunciamiento de la Superintendencia, fue: *“Sólo Blockbuster Video ofrece la película “Pearl Harbor” con la mejor calidad y sonido del mercado”.*

La Superintendencia de Industria y Comercio consideró que este mensaje publicitario era engañoso a la luz del artículo 11 de la L.C.D. puesto que se trataba de una aseveración falsa y susceptible de inducir al público en error sobre las actividades comerciales de BETATONIO. El consumidor podía pensar que **sólo** en las videotiendas

BLOCKBUSTER podría adquirir un producto con la mejor calidad del mercado, lo cual correspondía a una aseveración cualitativa e indicativa, bajo un límite espacial objetivamente comprobable⁷³.

No sólo no se acreditó que BLOCKBUSTER tuviera la mejor calidad de sonido del mercado, sino que además se comprobó que BETATONIO cumplía con los estándares de calidad y que ambos establecimientos eran suministrados por los mismos distribuidores de películas. Adicional a lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que el mensaje no era irreverente, exagerado, o fantasioso, sino informativo y serio, sugiriendo credibilidad. Por ende, el mensaje finalmente fue considerado como engañoso al inducir a error al público sobre las prestaciones de BETATONIO⁷⁴.

73 Si bien aisladamente el calificativo "mejor" que se atribuye a los elementos calidad y sonido podría ser considerado como una expresión de la opinión que el anunciante tiene de su producto y que el adverbio "sólo", a pesar de ser una expresión excluyente e inclusive exagerada, en algunos casos resulta ser una expresión subjetiva, en el caso de la pieza publicitaria que acá se analiza, tal aproximación resulta equivocada, pues el mensaje en el que se expresa que " sólo Blockbuster Video ofrece la película Pearl Harbor ", con la mejor calidad y sonido **del mercado** ", identifica claramente un referente espacial y no hace alusión a la generalidad de las películas sino a una particular, lo cual delimita aún más el marco de referencia.

Así, en opinión del Despacho, al usarse dentro de un mismo anuncio las expresiones "mejor " y " sólo" , para denotar unas características específicas (calidad y sonido) de un producto (la película Pearl Harbor) dentro de un mercado concreto y determinado, el mensaje que recibe el consumidor es el de una superioridad en calidad y sonido que únicamente es predicable del producto que ofrece Blockbuster, características que para el anunciante no son ni siquiera las del promedio, sino que son las más altas frente a las demás del mercado, estableciéndose de esta forma un mensaje que transmite información objetiva, que por su misma objetividad es susceptible de ser comprobada su veracidad.

74 Así las cosas, el Despacho encuentra que el mensaje no sólo carece de veracidad, sino que también es susceptible de inducir a engaño al público consumidor al cual se dirige en relación con las prestaciones mercantiles de la accionante, cuyos establecimientos son conocidos en el mercado de la ciudad de Bogotá y quien participa en el mercado de alquiler de películas en un porcentaje importante del mismo.

Al hallarse la totalidad de los elementos que conforman el hecho base de la presunción que contiene el artículo 11 de la Ley 256 de 1996, opera el hecho presumido establecido en dicha norma. En consecuencia, de lo anterior se concluye que **con el mensaje publicitario difundido** a través de la frase " *Blockbuster Video trae nuevamente a Colombia una de las más grandes producciones del cine mundial: diciembre 7 de 1941, Pearl Harbor, Hawaii, donde el amor, la guerra, la amistad y la traición son los principales protagonistas.* " *Pearl Harbor*", una película que sólo Blockbuster Video te ofrece con la

5.1.3.3.2. Anuncio Publicitario Escrito. El anuncio impreso fue el expuesto a continuación: “*Ellos gozan en Blockbuster Video de (...) 4. Las películas con la mejor calidad del mercado (...) ¿será que otras videotiendas te pueden ofrecer siquiera 1 de esas ventajas?*”.

De su contenido, se extrajo el siguiente mensaje publicitario: “*En Blockbuster usted encuentra las películas que tienen la mejor calidad del mercado, siendo esta una ventaja que no ofrecen otras videotiendas*” [**Énfasis fuera del texto original**].

En sentido contrario al anuncio previamente señalado, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que el presente mensaje carecía de valor objetivo, dado que utilizó la palabra “mejor” como un referente hiperbólico de superioridad encaminado a elogiar su producto, determinando por ende que **no** existía engaño en esta pieza⁷⁵.

5.1.3.4. La Publicidad Engañosa en el Estatuto de Protección al Consumidor. Es preciso aclarar que la Publicidad Engañosa no es una modalidad

mejor calidad y sonido del mercado”, la sociedad Video Colombia S.A., incurrió en actos de engaño, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

⁷⁵ A diferencia de los anuncios radiales ya analizados, en el caso del aviso que acá se estudia, la utilización del adjetivo “*mejor*”, si bien atribuye superioridad a la calidad y sonido de las películas que ofrece Blockbuster, tal superioridad, por el contexto en el que es difundida, no expresa una característica objetiva, sino que refleja una opinión subjetiva del propio anunciante hacia su producto, en la cual exalta, elogia o alaba el mismo en una forma que es considerada normal y habitual para el consumidor dentro de la difusión publicitaria.

En efecto, si bien la palabra “*mejor*” que se emplea dentro de la frase, en un sentido literal podría denotar superioridad, en el presente caso resulta ser irrelevante, pues en toda publicidad siempre se encuentra implícito un mensaje de superioridad, toda vez que nunca se anuncia un producto como deficiente o inferior a otros, sino como superior, mejor o más beneficioso. Dado que el consumidor sabe y asume que la publicidad no es neutral, las frases subjetivas con las que el anunciante elogia su producto, no le proporcionan al consumidor ninguna información objetiva que lo guíen en su decisión de compra y, por lo tanto, no lo engañan, toda vez que éste nunca espera que el propio anunciante afirme que su producto es malo o inferior a otros.

Como consecuencia de lo anterior, por la subjetividad del mensaje publicitario analizado, no se considera que la sociedad Video Colombia S.A. haya incurrido con la utilización del mismo, en actos de engaño en los términos del artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

exclusiva de evaluación de la Ley 256 de 1996. Entre otras normas jurídicas que regulan la figura de la publicidad engañosa a través de sus preceptos se encuentra el recientemente expedido Estatuto de Protección al Consumidor –Ley 1480 de 2011- el cual en su Título IV se encarga sobre la materia, vigente a partir del 12 de abril del presente año.

La Ley 1480 de 2011 define la publicidad engañosa en el numeral 13 del artículo 5, como “*aquella cuyo **mensaje** no corresponda con la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión*”. A título personal, la definición no es del todo precisa, toda vez que clasifica el error, el engaño y la confusión como tres efectos distintos y autónomos, cuando realmente la inducción a error (es decir, la discrepancia entre lo percibido y la realidad) puede constituirse en una conducta de engaño, o de confusión. Es decir, ambas nociones –el engaño y la confusión- son el resultado de la inducción al error: una recae respecto a la procedencia empresarial de una prestación, y la otra sobre sus cualidades particulares.

El artículo 30 de la norma en mención, prohíbe expresamente la *publicidad engañosa*, imputando al anunciante como responsable de todos los perjuicios que pueda sufrir el consumidor a través del mensaje. A su vez, atribuye responsabilidad solidaria a los medios de comunicación en la medida que se compruebe **dolo** o **culpa grave** en su participación. La evaluación sobre responsabilidad en el nuevo Estatuto del Consumidor es distinta de aquella en la L.C.D., toda vez que en esta se sanciona una conducta siempre y cuando se **genere en el mercado y sea desleal, sin entrar a calificar la intencionalidad de los agentes.**

Nótese que el artículo 32, consagra que el anunciante será exonerado de responsabilidad en la medida que logre demostrar caso fortuito, fuerza mayor y la suplantación del

anuncio en manos de terceros. Estas causales hacen clara referencia a las de exoneración de la responsabilidad civil, lo cual podría dar a entender que la responsabilidad del anunciante es subjetiva. Lo anterior difiere en comparación con la L.C.D. ya que en esta norma el agente se considera infractor sin consideración alguna a su grado de intencionalidad en la conducta. En efecto, a la regulación de la L.C.D., únicamente le interesa que exista un acto o hecho potencial o efectivo y que éste sea desleal, para efectos de prevenirlo, prohibirlo o sancionarlo.

5.1.4. Artículos 12 y 13 - Actos de Descrédito y Comparación.

5.1.4.1. El Descrédito ⁷⁶. La L.C.D. establece que incurrirá en actos de descrédito⁷⁷ quien utilice aseveraciones falsas, omita verdaderas o realice cualquier otro tipo de prácticas idóneas para desprestigiar el establecimiento, la empresa o las prestaciones mercantiles de un tercero.

En ese sentido, la prohibición de la norma obliga a los competidores a abstenerse de perjudicar el buen nombre comercial, las actividades, prestaciones, productos, etc., de sus rivales mediante información ajena a la realidad, insuficiente, o impertinente.

⁷⁶ Artículo 12. Actos de Descrédito. En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, 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.

⁷⁷ La palabra desacreditar debe ser entendida dentro de una noción íntegra de la competencia desleal, donde las virtudes de un oferente van a ser los factores que atraigan para sí una clientela y los factores negativos de un oferente van a generar que la clientela de éste se traslade en favor de su competidor. JAECKEL KOVACS. Apuntes de Competencia Desleal. Pág. 42.

Es de destacar que en virtud de la L.C.D., esta conducta particular no impide que el anunciante publicitario manifieste aseveraciones negativas en contra del tercero, siempre y cuando la información sea **exacta, verdadera y pertinente**⁷⁸.

Brindando mayor claridad a este punto, el autor RICARDO ANTEQUERA PARILLI señala la esencia del acto de Descrédito consagrado en la Ley de Competencia Desleal:

“Según la Audiencia Provincial de Madrid, la publicidad denigratoria “no exige que las correspondientes alegaciones sean falsas”, sino que “aunque la alegación publicitaria sea veraz, si sirve para desacreditar o menospreciar a una persona, empresa, o a sus productos o servicios, la misma merecerá el calificativo de publicidad desleal.

*Por el contrario, la ley 256 de 1996 de Colombia, “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” (subraya fuera de texto).”⁷⁹ **[Subrayas pertenecientes al texto original]***

Es preciso entonces concluir que a la luz del alcance de la Ley 256 de 1996, predomina la transparencia de la información a favor de todos los participantes del mercado sobre el interés del tercero anunciante individualmente considerado. No obstante, este estudio considera que debería hacerse énfasis en la **pertinencia** que hayan de tener las

⁷⁸ Las afirmaciones son exactas cuando son puntuales, fieles y cabales; son verdaderas cuando son acordes con la realidad; y son pertinentes cuando están relacionadas o tienen un vínculo directo con el objeto y el sentido de la afirmación. *Ibíd.*

⁷⁹ ANTEQUERA PARILLI, Op. Cit. Pág. 110.

manifestaciones veraces investidas de descrédito en contra de un tercero, con el fin de no incurrir en abusos de la figura legal.

Al respecto se refirió el autor DELIO GÓMEZ en el siguiente tenor:

“Y los efectos son tan perturbadores en el ámbito personal, en los productos o en los servicios, que ha sido materia de atención por parte de la doctrina, el análisis en cuanto a la viabilidad del descrédito, si lo afirmado corresponde a la verdad. Para Garrigues, por ejemplo, tal posibilidad es descartable, aun cuando “los hechos publicados sean hechos ciertos; por ejemplo, publicar la sentencia penal dictada contra un competidor, o publicar la declaración de quiebra de un competidor, o publicar el embargo de las instalaciones de un competidor, etcétera. Ni siquiera es lícita la publicación de actos ajenos que sean realmente punibles; porque cuando un competidor está en presencia del acto ajeno que sea punible, lo que debe hacer es denunciarlo a las autoridades; no denunciarlo a la clientela, porque el denunciarlo a ella implica una conducta desleal” (...)”⁸⁰

5.1.4.2. La Comparación⁸¹. En Colombia la comparación con las actividades, prestaciones o establecimientos de los competidores es legalmente viable si se cumplen con los requisitos de veracidad, comprobabilidad y comparabilidad. Lo anterior, debido a la importancia que tiene en el mercado la información transparente y suficiente en beneficio de sus participantes, y en especial los consumidores. Este planteamiento

80 “GÓMEZ LEYVA, Delio. “De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica” Pág. 279-370.

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

constituye una revelación importante de la comparación publicitaria entre competidores, la cual *a priori* puede ser percibida erróneamente como prohibida.

5.1.4.2.1. La Publicidad Comparativa y la Ley 256 de 1996. Para definir la modalidad publicitaria particularmente relacionada con la comparación, es pertinente citar al autor RICARDO ANTEQUERA PARILLI, quien manifiesta: *“Para la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, se entiende por propaganda comercial comparativa aquella en la cual se alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor de forma que se realice una confrontación entre la actividad, las prestaciones mercantiles, servicios o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero”*⁸²

El maestro GOMEZ LEYVA indica la naturaleza comercial de la publicidad comparativa, cuya práctica está íntimamente relacionada con el artículo 13 de la L.C.D., en el siguiente sentido: *“en este orden y en atención a que los empresarios con frecuencia se apartan del principio general, según el cual la publicidad debe fundamentar sus argumentaciones en las propias prestaciones, para recurrir, por el contrario, a las de uno o varios competidores, contraponiendo aquellas a los propios productos, para destacar la calidad de éstos y presentar la inferioridad de aquellos, estamos en presencia de **publicidad comparativa** (...). Entonces, cuando nuestra normativa –art.13- califica como desleal “la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero” la calificación está referida a **la publicidad comparativa.**”*⁸³

82 ANTEQUERA PARILLI, Op. Cit. Pág. 113.

83 *Ibíd.*

La publicidad comparativa requiere que se contrapongan las cualidades del producto ofrecido con aquellas de uno o más competidores con el fin de resaltar los motivos por los cuales el primero es mejor que los demás. Las afirmaciones sobre estas cualidades deben ser veraces, suficientes, comprobables y análogas.

En *contrario sensu*, las comparaciones basadas en afirmaciones falsas o insuficientes habrán de ser desleales debido al inadecuado uso de la información en perjuicio de los terceros que compiten en el mercado y la decisión de compra de los consumidores.

En efecto, en materia publicitaria comparativa el anunciante tiene el deber de abstenerse de brindar información falsa sobre el competidor, y pronunciarse sobre toda aquella que sea verdadera y pertinente con ocasión al cotejo que se realiza; empero, el anunciante no podrá fraccionar la información de tal manera que presente sólo elementos veraces que lo beneficien, en perjuicio de los terceros sujetos a la comparación. Así lo refiere el tratadista español ANXO TATO PLAZA en su obra “La Publicidad Comparativa” al manifestar:

“En este sentido, se señala que, para que la publicidad comparativa supusiese un fomento cierto de la transparencia de mercado y, al mismo tiempo, facilitase el proceso de decisión de compra del consumidor, debería ofrecer una panorámica global, objetiva y completa de todas las características de las mercancías comparadas. En este ámbito –se afirma- no se puede olvidar que una media verdad es siempre una mentira y que de poco le servirá al consumidor que se le diga, por ejemplo, que un determinado coche tiene un mayor grado de habitabilidad o asientos más grandes, cuando se omite

que ese modelo, en relación con los competidores, pesa más, consume más gasolina y acelera menos”⁸⁴

Además, debe entenderse como desleal la comparación realizada sobre extremos no análogos, -v.g.: las características de un celular con las de un teléfono fijo; las de un DODGE JOURNEY con las de un RENAULT TWINGO-. Por ende, la comparación debe versar sobre elementos que guarden paridad de forma tal que puedan cotejarse para que el receptor establezca su preferencia sobre uno u otro producto⁸⁵.

Dado que la comparación debe versar sobre elementos comprobables, es válido afirmar que habrán de ser veraces para que puedan ser sopesados. En virtud de lo anterior, las afirmaciones subjetivas no podrán ser sancionables dado que se tratan de elogios personales que realizan los anunciantes en virtud de su interés en promocionar sus productos y no corresponden a elementos susceptibles de comprobación⁸⁶.

5.1.4.2.2. Criterios de Aplicación para la Publicidad Comparativa - Circular Única 10 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio (Modificada por la Circular Externa 11 de 2002). La Circular Única 10 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio, modificada por la Circular Externa 11 de 2002, establece en su

84 TATO PLAZA, Anxo. “La Publicidad Comparativa”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 1996.

85 “En tal sentido los extremos no serán análogos, cuando aquellos factores que se comparan resultan absolutamente dispares, como consecuencia de diferencias entre categorías, precios, calidad, etc. Ejemplo de una comparación que se refiere a extremos que no son análogos es la que se hace entre un carro deportivo modelo 97, con uno modelo 46, para significar que el del 97 tiene un mejor rendimiento y es más veloz” JAECKEL KOVACS, “La Publicidad Engañosa” Pág. 13.

86 En este sentido se pronunció el Dr. JAECKEL KOVACS: “El artículo 13 considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables. La comprobación es un procedimiento que se realiza para verificar la realidad o veracidad de una cosa, de un hecho o de una afirmación objetiva. Dado que las afirmaciones subjetivas no son verdaderas ni falsas, sino simples opiniones subjetivas acerca de algo, la comprobabilidad no se predica de ellas. En igual sentido, sólo las afirmaciones objetivas pueden referirse a extremos análogos en el sentido que la L.C.D. le da a dicha expresión, pues la definición acerca de cuándo dos extremos son o no análogos, requiere un juicio de valor objetivo sobre el contenido de la afirmación y el objeto de comparación.” *Ibíd.* Pág. 16.

numeral 2.1.2.6. Propaganda Comercial Comparativa, unos parámetros de carácter técnico y jurídico encaminados a lograr el cabal cumplimiento de los requisitos legales durante la evaluación de la figura, expuestos a continuación:

- En primer lugar, la comparación debe versar entre bienes, servicios o establecimientos que cubran las mismas necesidades. De esta manera, se daría cumplimiento al requisito de **comparabilidad** entre extremos análogos consagrado en el artículo 13° de la Ley 256 de 1996.
- La comparación debe versar entre elementos objetivamente comparables; añade el literal que deben sopesarse características “*esenciales, pertinentes, verificables y representativas*”. Así mismo, la norma consagra la premisa según la cual las afirmaciones de carácter subjetivo **no** son susceptibles de comparación al corresponder a juicios personales del anunciante.
- Deben indicarse las características reales de los elementos en comparación con la suficiente información, de manera tal que no sean susceptibles de inducir a error.
- La norma señala finalmente que los extremos no son análogos y se induce a error en los casos en que se comparan actividades, establecimientos, bienes y servicios de calidades distintas sin indicar su precio; o, en caso que se indique el precio, no se advierta sobre la diferencia de calidad.

5.1.4.3. La Publicidad Comparativa en el Código de Autorregulación

Publicitaria. El artículo 34 del Código consagra que la publicidad desleal deberá

ceñirse a la legislación actual, especialmente aquella en materia de competencia desleal⁸⁷.

El artículo 35⁸⁸ contempla la distinción entre publicidad comparativa explícita e implícita, ampliando el mecanismo de protección en materia publicitaria al indicar que incluso aquellas manifestaciones indirectas sobre un producto o actividad pueden constituir un acto reprochable.

Adicionalmente, el artículo 36 establece parámetros adicionales sobre la conducta, que merecen atención por cuanto a que desarrollan la figura con aún más detalle que la L.C.D.:

- El fin único debe recaer en presentar las ventajas a los consumidores, evitando la denigración sobre el producto de los terceros.
- Se restringe la facultad de dar información veraz, si tiende a perjudicar el buen nombre de terceros.

5.1.4.4. Sentencia número 002 de 2006 Superintendencia de Industria y Comercio - Radicación N° 03069417B: COMCEL – COLOMBIA MÓVIL. La Sentencia en mención tuvo como objeto de análisis la campaña publicitaria realizada por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. con el fin de introducir al mercado un nuevo

⁸⁷ Artículo 34. La publicidad Comparativa deberá someterse a las disposiciones legales que la rijan y, en especial, a las de libre y leal competencia.

⁸⁸ Artículo 35°. Entiéndase por publicidad comparativa toda aquella que aluda explícita o implícitamente a una empresa competidora o a sus bienes, productos o servicios en relación con la empresa, bienes, productos o servicios anunciados.

PARAGRAFO: la publicidad comparativa es explícita cuando menciona específicamente el nombre de la competencia o muestra directamente el producto enfrentado, e implícita cuando sugiere el nombre, envase, presentación, atributo o cualquier otro hecho o detalle que pueda relacionarse claramente con la competencia.

servicio de telefonía celular conocido como OLA, el cual se convirtió en directo competidor de COMCEL y BELLSOUTH.

Un anuncio publicado en el periódico EL TIEMPO el día 03 de agosto de 2003 manifestó un estudio según el cual se le preguntó a 44 millones de colombianos si estaban contentos con su operador celular. Particularmente se cuestionó si estaban “felices” con su telefonía celular; si había conformidad con los planes de llamadas; y cómo era la atención recibida ante un problema técnico. Según el anuncio, 43.999.999 colombianos se fueron corriendo y sólo uno llamado “Chepe”, contestó expresando su felicidad.

COMCEL S.A. demandó a COLOMBIA MÓVIL, fundándose en la comparación realizada en la campaña sobre extremos no análogos ni comparables, así como mediante elementos objetivos cuyas pruebas nunca fueron aportadas.

En la presentación de sus alegatos, COLOMBIA MÓVIL argumentó que la campaña publicitaria estaba basada en contenidos subjetivos, estrictamente personales y que las imágenes y textos incluidos en el anuncio, hicieron parte de una ficción hiperbólica creada por el ingenio del publicista e interpretado por actores, cuyos sucesos correspondieron a una fantasía.

La Superintendencia manifestó que el mensaje publicitario requería ser abstracto, indivisible y de interpretación común por parte del consumidor racional promedio⁸⁹,

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

considerando a su vez que el mensaje publicitario inferido de esta sentencia era “*Nadie está feliz con su servicio celular; ya viene un servicio que lo dejará feliz*”.

Tanto la comparación como el descrédito fueron descartados por la Superintendencia de Industria y Comercio dado que los elementos de evaluación consistieron en la felicidad de “Chepe” y la tristeza por parte de los millones de colombianos supuestamente entrevistados, vale decir, emociones de carácter subjetivo e improbable, que hacían parte de situaciones fantasiosas de carácter netamente hiperbólico. Al haberse tratado de elementos subjetivos de juicio se descartó que COLOMBIA MOVIL hubiera incurrido en los supuestos consagrados en los artículos 12 y 13 de la L.C.D. ya que el anuncio no se basó en elementos objetivos ni comprobables, sino en juicios de valor de carácter subjetivo, cuyo contexto correspondió a una historia ficticia revestida de fantasía y humor⁹⁰.

5.1.5. Artículos 14 y 15 - Actos de Imitación y Explotación de Reputación Ajena.

5.1.5.1. La Imitación ⁹¹. No toda imitación es prohibida en Colombia; la imitación de prestaciones, productos o iniciativas empresariales es permitida salvo

Así las cosas, teniendo en cuenta que las piezas publicitarias cuestionadas conforman una campaña, pues se trata de diferentes anuncios publicitarios que siguen una misma línea de argumentación para transmitir una misma idea, se hace necesario establecer cuál fue el mensaje transmitido, toda vez que dicho mensaje es el que será evaluado, a fin de determinar si éste es susceptible de generar en el consumidor una representación distorsionada de la realidad (engaño), de desacreditar al competidor, si constituye una comparación indebida o si infringe la cláusula general de competencia desleal.” Sentencia número 002 de 2006 Hojas 11-12.

⁹⁰ En el caso de la campaña denominada “Dónde está Chepe” si bien existen terceros que pueden ser identificados por el consumidor, las afirmaciones que en ella se hacen y el mensaje que la campaña transmite no es susceptible de ser calificado como falso o verdadero, pues su contenido subjetivo, el cual se apoya en el concepto de felicidad, que como se ha dicho corresponde a una opinión personal, impide catalogarlo con tales adjetivos.

⁹¹ Artículo 14. Actos de Imitación. La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

previa protección legal. La infracción surge cuando a través de una imitación minuciosa se genera **confusión** respecto a la procedencia empresarial –tal y como se señaló en el subcapítulo 5.1.2. del presente estudio, o se presenta un **aprovechamiento de la reputación ajena**, conducta que será desarrollada en el siguiente.

Ahora bien, los riesgos de confusión o aprovechamiento de la reputación ajena que se configuren como una inevitable circunstancia del mercado, no podrán ser objeto de sanción conforme al artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal si respetan la protección sobre propiedad industrial y el deber innato de diferenciación que se predica de las *sanas costumbres mercantiles*. De este modo, se evitan abusos y restricciones en contra de quienes quieren participar en el comercio a través de prestaciones que pueden guardar semejanza con otros previamente consolidados en el mercado, y no necesariamente revisten de deslealtad.

El artículo indica que toda imitación sistemática encaminada a impedir u obstaculizar la afirmación de un tercero en el mercado, será considerada como desleal. Este argumento es reafirmado por el autor RICARDO ANTEQUERA, quien explica:

“No toda imitación sistemática de prestaciones ajenas tipifica un acto ilícito, como lo aclara la ley española 03/1991 de competencia desleal al disponer que “tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas

No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.

*empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado” (énfasis fuera de texto), y casi en forma idéntica la ley colombiana 256 de 1996”.*⁹²

Téngase en cuenta que la libertad de imitar debe restringirse en aquellos casos en que el derecho sobre la prestación original se protege de manera especial y goza de un carácter de exclusividad; tal es el caso de los signos distintivos, las patentes y modelos de utilidad, el diseño industrial y los derechos de autor.

La publicidad puede ser evaluable a través del artículo toda vez que, como se demostrará en el caso consagrado en el numeral 5.1.5.3. del presente estudio, a través de su ejercicio se pueden presentar simulaciones de prestaciones mercantiles ajenas, en perjuicio de su actividad y/o reputación comercial.

5.1.5.2. Explotación de la Reputación Ajena. ⁹³ La conducta requiere que un agente que goce de un estatus comercial, industrial o profesional, se vea afectado por un infractor que aproveche de manera ilegítima dicha calidad, sea por interés propio o ajeno, con independencia del perjuicio causado.

Al respecto, el autor MAURICIO VELANDIA manifiesta: *“Este supuesto de deslealtad salvaguarda la “buena fama”: aquella calificación o percepción positiva que tiene el*

92 ANTEQUERA PARILLI, Op. Cit. Pág. 92.

93 Artículo 15. Explotación de la Reputación Ajena. Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo" , "clase", "género", "manera", "imitación", y "similares".

mercado acerca de una empresa por su esmero dentro de la actividad mercantil. Desde tal perspectiva, resulta atractivo para un tercero retomar esa fama y explotarla, pero si lo decide así, se le olvida que la fama es una especie de derecho personalísimo, y es propiedad de su titular. En este sentido se requiere de la autorización del titular de la reputación para explotarla, pues de otro modo se estaría explotando el derecho de un tercero (...)"⁹⁴

Particularmente, según el alcance del artículo en materia publicitaria, la prohibición sanciona a aquel agente que se valga de elementos encaminados a beneficiarse del *status* comercial del competidor de manera injustificada, pretendiendo obtener para sí o para otro un enriquecimiento de su participación concurrencial en el mercado.

Para que se materialice la conducta se requiere la existencia de una reputación comercial y, adicionalmente, un comportamiento objetivamente encaminado a aprovecharse de ella indebidamente, circunstancia que se presume en casos que se utilizan los mencionados signos, aún indicando la verdadera procedencia⁹⁵.

5.1.5.3. Resolución No. 4987 de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio - JUAN PABLO MONTOYA vs. YUPI S.A. Durante el mes de junio del año 2002, la Sociedad Anónima YUPI S.A. inició una campaña llamada “Fórmula Yupi” en el cual utilizó la imagen del otrora Piloto de Fórmula 1 JUAN PABLO MONTOYA ROLDÁN, sin la existencia de un acuerdo previo que le permitiera a dicha

94 Op. Cit. Pág. 311

95 “Contiene el mandato legal una descripción de lo que, entre otros, se considera explotación de la reputación ajena. Así, se considera que el uso de signos distintivos genera explotación de la reputación. Pero para que ello ocurra debe probarse los presupuestos de aplicación de la ley, especialmente el presupuesto objetivo, es decir la concurrencia. Pero el solo uso del signo es desleal cuando se alega acción de amenaza, pues es claro que el hecho de que otra persona diferente de su titular use el signo es una amenaza a la competitividad.” *Ibíd.* Pág. 312.

sociedad imprimir tarjetas en las que él apareciera gráficamente. En efecto, suscribió un contrato comercial con CORPORACIÓN GRÁFICA NAVARRETE para imprimir tarjetas con la imagen del piloto, promocionando así sus productos sin incluir leyendas relacionadas con autorizaciones o licencias, ya que -valga la aclaración- no existían.

La Superintendencia de Industria y Comercio consideró que YUPI S.A. incurrió en **imitación** al valerse de la prestación mercantil con la cual participa JUAN PABLO MONTOYA en el mercado, la cual consistía en el **uso de su imagen** “*a cambio de una contraprestación económica, a los diferentes productores y oferentes de bienes y servicios, para que estos utilicen la imagen de Juan Pablo Montoya y lo que ella proyecta y representa, en las diferentes iniciativas publicitarias que emprendan*”⁹⁶. En efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que la infracción por parte de YUPI S.A. consistió en imitar **la prestación mercantil** de JUAN PABLO MONTOYA –el uso de su imagen-, de manera exacta y minuciosa, sin autorización alguna y aprovechándose de la reputación del demandante.

Vale mencionar que la Superintendencia de Industria y Comercio desestimó la presunta *confusión* derivada de la publicidad realizada por YUPI S.A. y alegada por JUAN PABLO MONTOYA, toda vez que mediante la conducta realizada no se llevó a cabo una mezcla de identidades con el actor a pesar de la imitación en la prestación. Al respecto, mencionó la Superintendencia de Industria y Comercio: “*Sin perjuicio de lo anterior, es de anotar que la causal de deslealtad arriba citada se produjo por la imitación exacta y minuciosa que comportó el aprovechamiento de la reputación de la parte actora, mas no porque se hubieren presentado actos de confusión, pues en el caso que se analiza, la sociedad productos Yupi S.A. no genero una mezcla de identidades*

96 *Ibíd.*

que hubiera dado lugar a pensar que los productos que ofrecía provenían de la actividad empresarial de Juan Pablo Montoya⁹⁷”.

Ahora bien, en materia de **Explotación de la Reputación Ajena**, la Superintendencia de Industria y Comercio desestimó el argumento de YUPI S.A., según el cual JUAN PABLO MONTOYA ROLDÁN no acreditó la reputación que consideró explotada. En efecto, la Superintendencia consideró que la reputación que emanaba del demandante era un *hecho notorio* a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁹⁸, toda vez que sus éxitos y su trayectoria como profesional de automovilismo fueron ampliamente conocidos y difundidos masivamente entre los medios⁹⁹.

La Superintendencia de Industria y Comercio fue determinante al haber considerado que para producirse el acto desleal de la Explotación de la Reputación ajena, no era

97 *Ibíd.*

98 Artículo 177. Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

99 “Así, en relación con la honra, el buen nombre o la reputación que tiene el señor Juan Pablo Montoya en Colombia, esta Superintendencia considera que la misma constituye un hecho notorio, pues además del gran reconocimiento que tiene Juan Pablo Montoya entre el público, sus actuaciones han sido ampliamente difundidas en nuestros medios de comunicación, como lo evidencian los seguimientos noticiosos que de él se hacen permanentemente, su constante participación en campañas publicitarias de gran difusión en Colombia, los premios que ha obtenido como deportista, la mención de deportista del año a la que fue merecedor, la designación como embajador de buena voluntad de la Unicef, el campeonato de la serie Cart FedEx obtenido en el año 1999, el haber ganado las 500 Millas de Indianapolis en el año 2000, haber sido noveno (9°) en la serie Cart FedEx año 2000, ocupar el sexto (6°) lugar en el Campeonato Mundial de la Formula 1 año 2001 y ser el único piloto colombiano para la época de los hechos que compite en la Formula 1. Todos estos hechos positivos conllevan a que el señor Juan Pablo Montoya goce en Colombia de una buena reputación y honra, de la cual solo él, o quienes él autorice, pueden sacar provecho en el comercio. Así las cosas, esta Superintendencia considera que la reputación del señor Juan Pablo Montoya es un hecho notorio en Colombia, que como tal no requiere ser probado, a la luz de lo establecido por el artículo 177 del C.P.C.” *Ibíd.*

necesario que se consumara la explotación; en efecto, la sola potencialidad o riesgo bastó para que se reprimiera el acto, así no se hubiera perpetrado¹⁰⁰.

Conforme a lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio logró comprobar que sí se efectuó una explotación consumada de la reputación de JUAN PABLO MONTOYA, toda vez que sin autorización alguna YUPI S.A. tomó provecho de su status ampliamente conocido e impulsó una promoción encaminada a mantener o incrementar su posición en el mercado, “*gracias al reconocimiento y a la opinión positiva que los consumidores tienen de él (reputación)*”¹⁰¹.

5.1.6. Artículo 18 - Violación de Normas¹⁰². La sujeción a la ley por parte de los participantes en el mercado implica un costo económico. Quien cumple con las disposiciones legales durante el ejercicio de su actividad publicitaria incurre en una erogación económica mayor a quien no lo hace, lo cual habrá de reflejarse en una disminución de utilidades, o un aumento de gastos, según sea el caso¹⁰³.

100 “Así las cosas, la no exigencia de un resultado efectivo es natural a la institución de la competencia desleal, pues como se ha dicho, las conductas de competencia desleal son reprimibles por el peligro y por la aptitud que las mismas tienen para producir efectos negativos, sin que sea necesario exigir que esos efectos se produzcan.” *Ibíd.*

101 *Ibíd.*

102 ARTÍCULO 18. VIOLACIÓN DE NORMAS. 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.

103 “Realizar la conducta llamada “reducción”, vale decir, adquirir bienes hurtados, como en el caso anterior, coloca al competidor en ventaja frente a quienes adquirieron similares bienes a través del conducto regular. Otro tanto puede anotarse, en las conductas de quienes colocan los bienes sin el cobro del impuesto a las ventas o vulneran los derechos de los trabajadores. la ilegalidad les proporciona nada menos que la ventaja de poder ofrecer precios más bajos, con lo cual atraen fácilmente al consumidor –los Sanandrecitos en nuestro país- y lograr así, ilegalmente, triunfar en el mercado, creando, además, una imagen negativa del comercio organizado y un “estado de competencia desleal”. GÓMEZ LEYVA, Op. Cit. Pág. 428.

El artículo 18° de la Ley de Competencia Desleal consiste en una herramienta legal encaminada a sancionar a los agentes del mercado que se benefician de una ventaja competitiva, adquirida con ocasión a la desobediencia de una o varias normas jurídicas y en perjuicio de quienes sí las cumplen.

Conforme a la estructura del artículo, en caso que un accionante pretenda alegar la conducta consagrada en este artículo, deberá demostrar: a) la infracción de una o varias normas jurídicas; b) la existencia de una ventaja efectiva a favor del agente infractor (es decir, que permita la posibilidad de alcanzar la ventaja)¹⁰⁴; y, c) la significancia de la ventaja en perjuicio de quienes sí cumplieron la norma¹⁰⁵.

Es preciso aclarar que la Ley 256 de 1996 no reprende la violación a la norma jurídica correspondiente sino la ventaja reprochable generada en el mercado como consecuencia, toda vez que permite al infractor mejorar su posición en perjuicio de los demás participantes, lo cual supone un premio indebido a una conducta condenable. De tal manera lo expone la S.I.C. en su cartilla “Preguntas Frecuentes – Competencia Desleal” en el cual señalo: *“En términos generales, la transgresión de normas legales no es asunto que, de manera general, corresponda analizar bajo el régimen de la*

104 “En cuanto a la “efectiva” realización en el mercado de la ventaja competitiva adquirida, implica que se haya llevado a cabo una operación competitiva que permita al infractor obtener la ventaja, lo cual será apreciable de manera directa en la conducta desarrollada por quien introduce mercancías al margen de la ley, en razón de que las coloca en el mercado, ¿pero cómo determinar esa efectividad en la persona que, por ejemplo, evade el pago de sus impuestos?” *Ibíd.* Pág. 429.

105 “Ahora bien en cuanto a la exigencia de que la ventaja debe ser significativa, debe entenderse que la ventaja en costos, por ejemplo, siempre coloca al infractor en condiciones favorables en el mercado, frente a los demás competidores, y su “significación” es verificable a través de las ventas realizadas, altas para el infractor, bajas para el competidor que ajusta su conducta a las normas legales. (...) Sin embargo, esta “significación”, en otros casos, no es fácilmente apreciable, por lo que habrá que recurrir a las “máximas de la experiencia”, las cuales facilitarán los parámetros bajo los cuales es normal que se desarrollen ciertas ofertas en el mercado, ya en consideración de la naturaleza de los bienes ofrecidos, ya de las cualidades de sus destinatarios. Además, como la casuística puede resultar variadísima, la determinación de su “significación” dependerá en cada caso del examen probatorio que se realice. Es aventurado efectuar planteamientos sobre el particular” *Ibíd.* Pág. 429.

*competencia desleal. No obstante, cuando dicha vulneración resulta en la obtención de una ventaja al competir que, además, es significativa o relevante para mejorar o mantener la posición en el mercado, el infractor incurre en un comportamiento desleal”*¹⁰⁶

En materia publicitaria es posible que se cometan infracciones del artículo 18 como consecuencia de la violación a disposiciones tales como el Estatuto de Protección al Consumidor, la Ley 140 de 1994 sobre Publicidad Exterior Visual, la Circular Externa 11 de 2002, los Acuerdos de la CNTV relacionados con el contenido publicitario en las franjas televisivas, la Ley Antitabaco 1335 de 2009 en cuanto a los parámetros de la publicidad y el empaquetado de cigarrillos, por citar algunos casos.

5.1.6.1. Sentencia 14 de 2010 Superintendencia de Industria y Comercio.

QUALA S.A. Vs. NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. En el mes de febrero de 2003, la sociedad QUALA S.A. introdujo en el mercado el producto “*Ricostilla*” con el cual representó un 26% de participación del mismo con respecto a la fabricación y comercialización de caldos.

A su vez, NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. lanzó un mes después el caldo de costilla “*Maggi*”, el cual si bien señalaba que contenía *carne de costilla*, fue evidenciado que no era así, tampoco tenía su correspondiente sabor, y que su composición era apenas levemente distinta al caldo de carne de costilla “*Ricostilla*”.

QUALA S.A. afirmó que NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. incurrió en la infracción de normas como consecuencia de la violación del artículo 14 del antiguo Estatuto de

106 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. “Preguntas Frecuentes Competencia Desleal. Bogotá. 2011. Pág. 14.

Protección al Consumidor (Decreto 3466 de 1982) y los artículos 3.1 y 3.2 de la Norma Técnica Colombiana NTC 512-1 oficializada por la Resolución 2387 de 1998 del Ministerio de Salud sobre rotulado y contenido de alimentos.

Respecto a lo dispuesto en el artículo 14 del antiguo Estatuto de Protección al Consumidor, la Superintendencia estimó que la inclusión de elementos identificadores del producto en cuestión tales como las leyendas “*pura sustancia*”, “*caldo de costilla*” y “*costilla*” así como la imagen de dicho ingrediente en el empaquetado correspondiente, eran falsas y suficientes para hacer creer a los consumidores promedio que “*Maggi*” contenía carne de costilla. Fue evidente la infracción al artículo 14 del Decreto 3466 de 1982 en el sentido que la presentación del citado producto era ajena a la realidad, e idónea para inducir a error a los consumidores con respecto a su naturaleza, componentes, características y propiedades.

“Es claro que la aludida violación de normas sobre protección al consumidor comportó para Nestlé de Colombia S.A. la efectiva realización de una ventaja competitiva significativa frente a Quala S.A. Ciertamente, al haber lanzado al mercado la primera versión del caldo de costilla “Maggi” en las condiciones en que lo hizo (sin estudios previos, sin carne de costilla, sin sabor a costilla, prácticamente idéntico al “caldo de carne”, pero haciéndolo ver como si contuviera aquel ingrediente), la ahora demandada consiguió colocar en el mercado un producto atractivo, aprovechando el impacto que en los consumidores generaba el contenido del aludido tipo de carne, pero sin incurrir en los costos de realización de estudios de mercado, investigaciones sobre el producto, validación de materias primas, montaje del proceso productivo y demás aspectos preparatorios inherentes al desarrollo de un verdadero caldo de costilla, entre los que se puede destacar, sólo a modo de ejemplo, el tiempo necesario para la

realización de aquel alimento y su evidente efecto competitivo, en tanto que Nestlé de Colombia S.A. pudo enfrentar el producto de la competencia antes que este se lograra afirmar en el mercado”

La Superintendencia consideró que, por las mismas razones y el lleno de los requisitos del artículo 18 de la Ley 156 de 1996, también se incurrió en una violación a los numerales 3.1. y 3.2. de la Norma Técnica Colombiana NTC 512-1 oficializada por la Resolución 2387 de 1998 del Ministerio de Salud, en tanto que la disposición consagró la prohibición de utilizar rotulaciones falsas, equívocas o engañosas, así como la abstención de describir o presentar alimentos envasados con rótulos o rotulados en los que se empleen palabras, ilustraciones u otras representaciones que alusivas a propiedades nutritivas **idóneas a generar apreciaciones falsas sobre la naturaleza, origen, composición o calidad del alimento correspondiente.**

Por ende, la Superintendencia de Industria y Comercio finalmente declaró la realización de conductas desleales por NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., debido a la infracción de la violación de las normas expuestas.

5.1.6.2. Alcance de la aplicación de la Ley de Competencia Desleal en Materia Publicitaria a través del artículo 18. Una de las virtudes más importantes del artículo 18 de la L.C.D. para efectos de este estudio consiste en permitir que cualquier conducta que permita una ventaja efectiva y significativa realizada a través de la publicidad, habilite el campo de aplicación de la norma siempre y cuando aquella suponga la infracción de una o varias normas jurídicas.

En efecto, todos los participantes del mercado tienen una garantía de protección adicional gracias al artículo 18 de la L.C.D. ya que si sufren los riesgos o daños de una

conducta desleal a través de la publicidad, pueden interponer la pretensión declarativa y de condena o la de prohibición –las cuales serán explicadas en el Capítulo VII- según sea el caso, no sólo fundadas en la infracción a la Cláusula General de Prohibición y/o los demás supuestos fácticos, sino además de la violación de normas jurídicas, siempre y cuando concurran los requisitos citados en el artículo.

Así, el artículo 18 brinda un alcance aún mayor a la L.C.D. frente a conductas desleales publicitarias que se presenten progresivamente, sin perjuicio de su período y forma. En efecto, el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 constituye una “puerta abierta” adicional para que en adelante sea posible evaluar la deslealtad de conductas publicitarias que generen ventajas efectivas y significativas a través de la L.C.D., en la medida que exista regulación preestablecida y ésta sea infringida¹⁰⁷.

5.2. Conclusiones Preliminares.

1. Mediante el análisis teórico-práctico del alcance particular de los supuestos fácticos, fue posible apreciar cómo la actividad publicitaria es reprimida por la Ley de Competencia Desleal. En efecto, gracias al aporte de la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, se evidenció cómo en la práctica algunos oferentes del mercado colombiano se han valido de la actividad publicitaria para vulnerar la lealtad y la transparencia mercantil, realizando conductas evaluables por

¹⁰⁷ “Los agentes, por tanto, deberán cumplir con los registros, licencias y acreditaciones que se le soliciten. Si todos cumplen con las regulaciones impuestas actuarán de buena fe. El mercado será un campo de juego con reglas claras y justas. Los consumidores resultarán beneficiados y existirá armonía jurídica. Si por lo contrario, alguno incumple para lograr una efectiva ventaja competitiva, sería un competidor fraudulento y tramposo. El mercado se distorsionaría y habría una grave afectación a los consumidores y el interés general.” TORRES, ROMERO, Margarita María. Un Comodín Fundamental – La Competencia Desleal por violación a las normas jurídicas. Universitas Estudiantes N° 4-2007. Pontificia Universidad Javeriana.

los supuestos especiales incluidos en la L.C.D., los cuales constituyen un pilar adicional que sustenta el alcance de la norma en materia publicitaria.

2. La infracción de la publicidad a través de los supuestos fácticos de la L.C.D. tiene una particularidad que merece ser destacada: adicional a los requisitos que han de cumplirse para que cada causal sea aplicable, una interpretación integral de la norma permite concluir es preciso evaluar la susceptibilidad de cada caso para alterar deslealmente la decisión de compra de quienes va dirigido el mensaje, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7 de la L.C.D. Lo anterior evidencia que si bien la L.C.D. propende por garantizar la leal competencia a favor de quienes participan en el mercado, en materia publicitaria tiene el interés inobjetable de proteger derechos de los consumidores.
3. En el ámbito de la L.C.D. –particularmente en la publicidad engañosa y el descrédito - no se reprime la falsedad o la omisión de la verdad *per se*, sino en la medida que se genere una errónea percepción sobre las actividades comerciales de uno o varios terceros, lo cual puede ser desvirtuable por el demandado. Además, la percepción errónea debe surgir a raíz de elementos ciertos y objetivos que guarden directa relación con las razones de compra de los consumidores. Por ende, los elogios subjetivos publicitarios no determinantes no pueden ser evaluables a la luz de la L.C.D. ya que carecen de comprobabilidad y pertenecen a opiniones personales del oferente, enfocadas en el éxito que se pretende durante sus actividades mercantiles.
4. La publicidad que se refiere más o menos negativamente sobre terceros competidores mediante conductas como el descrédito y la comparación, es admitida en nuestro país si se realiza a través de afirmaciones verdaderas, suficientes,

pertinentes, y objetivamente comprobables; el mercado se beneficia con estas prácticas por cuanto se está revelando información transparente y, por ende, aprovechable, imperando el interés general sobre el individualmente considerado.

5. Merece ser destacada la evaluación sobre el artículo 18 -violación de normas- toda vez que se constituye como un *comodín* que permite que toda operación que dé lugar a una ventaja efectiva en el mercado a través de la publicidad, pueda ser evaluada como una actividad desleal en la medida que infrinja normas jurídicas previamente establecidas al respecto. En virtud de lo anterior, el artículo colaborará con la Cláusula General de Prohibición en la evaluación de eventuales prácticas publicitarias ventajosas que se asienten en el mercado y no sean fácilmente evaluables a través de los supuestos fácticos de la L.C.D., **supuesto condicionado a la infracción previa de una o varias normas jurídicas, lo cual permite concluir que su eficacia dependerá de una regulación suficiente y progresiva en materia publicitaria.**

VI. ALCANCE DE LA LEY 256 DE 1996 FRENTE A ALGUNAS MODALIDADES PUBLICITARIAS CONTEMPORÁNEAS

Una característica adicional de la publicidad consiste en que su práctica evoluciona a través del tiempo, de la mano con las relaciones inmersas en el comercio. En consecuencia, la práctica publicitaria adquiere distintas manifestaciones de cuyo ejercicio surgen tendencias innovadoras y a su vez, desleales. La contingencia es aún mayor si se tiene en cuenta que, al ser actividades complejas y constantemente evolutivas, requieren de una regulación efectiva y a la vanguardia de su presencia.

Dado el interés que reviste lo anterior, y con el fin de continuar con el análisis del alcance de la L.C.D. en esta actividad, el desarrollo del presente capítulo ilustrará algunas modalidades publicitarias distintas del estudio tradicional que se le ha dado a esta norma, revelando algunos aspectos de su regulación jurídica en otras legislaciones, y estableciendo cómo podrían ser reprobadas a través de la L.C.D. conforme a lo previamente analizado.

6.1. La Publicidad Subliminal. El Autor CARLOS ALBERTO VELÁSQUEZ RESTREPO señala la relevancia que tiene esta conducta publicitaria en el comercio actual, por cuanto a que manipula el inconsciente del consumidor sin que éste se dé cuenta:

“Es tema de mucha actualidad la discusión que suscita esta forma de publicidad. En ocasiones el inconsciente humano es objeto de manipulación por parte de la publicidad, quien lo lleva a inhibir su capacidad volitiva y racional motivando una decisión

inconsciente, extraña, por un producto o servicio que en condiciones normales no hubiera sido querido o deseado. Es esto la publicidad subliminal.

En otras palabras, debajo de la imagen que se presenta, aparece silenciosamente una manipulación inconsciente que toca las fibras más sensibles de la capacidad electiva existente en el inconsciente humano y que lo lleva a dar una respuesta contractual afirmativa al producto o servicio que constituye el objeto de esta forma de publicidad.¹⁰⁸

Mediante esta modalidad publicitaria, los anunciantes utilizan sofisticadas técnicas de persuasión en los anuncios, de tal manera que buscan manipular el inconsciente del consumidor de manera apenas perceptible, afectando su libre decisión de compra.

Básicamente esta práctica se materializa a través de la inclusión de signos, siluetas, sonidos o símbolos alusivos a un producto, dentro de una reproducción audiovisual de distinto objeto. Esto con el fin de reproducir la difusión del producto encubierto, apenas apreciable por el consumidor a través de un sutil estímulo sensorial que incide en su decisión de compra sin que su consciente lo perciba.

Así lo exponen los autores, JAIME RIVERA CAMINO y LUCÍA SUTIL MARÍN en su obra “Marketing y Publicidad Subliminal”, quienes manifiestan:

“Resumiendo, en una situación normal la información debe pasar la sustancia reticular para llegar al cerebro y generar una percepción consciente. Cabe recordar que las necesidades y experiencia del comprador influyen tanto en la sustancia reticular como en la corteza del cerebro para formar la percepción. Por ejemplo, si el comprador está

108 VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. “Instituciones de Derecho Comercial”. Editorial Señal Ediciones. Medellín. 2008. Pág. 316.

recorriendo las tiendas para comprar un regalo, la sustancia reticular se formará por la posibilidad de que estos estímulos le sirvan para disminuir su necesidad de agradar con el regalo.

En el caso de la percepción subliminal, ésta influye en la necesidad después de formarse este tipo de percepción. Es decir, si en la percepción consciente el mensaje se ve sometido a la evaluación de la sustancia reticular y de la información social que posee el comprador, en la percepción inconsciente el mensaje regresa a influir en la necesidad del comprador. Esto explicaría que existan conductas de compra sin reflexión previa, o las denominadas “compras por impulso”.”¹⁰⁹

Esta manera de realizar publicidad es utilizada frecuentemente por productores que contraen una mayor carga legislativa en relación con la promoción de sus productos, tales como los fabricantes de cigarrillos, bebidas alcohólicas, etc., en los países en los cuales está regulada la figura.

6.1.1. La Publicidad Subliminal en España. Hace más de veintitrés años en España entró en vigencia la norma que regula la publicidad subliminal de manera expresa con la expedición de la Ley 34 de 1988¹¹⁰. La ley española considera ilícita *per se* la publicidad subliminal, catalogándola en su artículo 4 como aquella **que pueda** actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

109 RIVERA CAMINO, Jaime y SUTIL MARTÍN, Lucía. “Marketing y Publicidad Subliminal: Fundamentos y aplicaciones.” ESIC Editorial. Madrid. 2004. Pág. 70.

110 En efecto, del texto legal español se desprende:

“TITULO II De la publicidad ilícita

Artículo 3. Es ilícita:

d) La publicidad subliminal.

Artículo 7: A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.”

A su vez, **–en virtud de la modificación realizada por la Ley 29 de 2009- el artículo 18 de la Ley 03/91 de Competencia Desleal cataloga como desleal toda publicidad que en los términos de la ley de publicidad española sea consagrada como ilícita.**

En efecto, en España se presentó un avance legislativo de carácter considerable e incuestionablemente relevante, toda vez que se unificaron criterios entre la ley general de publicidad y la ley de competencia desleal, de tal manera que se reprimen actos publicitarios como desleales sin afectar la regulación específica de la norma general. Al respecto, consagra el preámbulo de la ley 29 de 2009:

“Es importante resaltar la opción adoptada de mantener la Ley General de Publicidad, más allá de una norma meramente contractual. La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de los ciudadanos es cada vez mayor y trasciende del mero ámbito consumerista o concurrencial, por lo que una norma con vocación generalista deviene imprescindible, respetando, en todo caso, los objetivos de armonización de las directivas europeas que esta Ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, cobra especial sentido la pervivencia del concepto de publicidad ilícita en el ámbito de la Ley General de Publicidad garantizando las acciones y remedios que posibilitan su represión, especialmente frente a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los derechos y valores reconocidos en la Constitución, significativamente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

El problema surge en ocasiones por el concurso entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, que hace necesario, y así lo recoge la jurisprudencia, la introducción de mecanismos de coordinación.”¹¹¹

En ese orden de ideas, el proteccionismo en España frente a la publicidad desleal – incluyendo la subliminal- es tal que la sola manifestación **no sólo sería contraria a la ley de publicidad sino calificada como una práctica reprobable y contraria a la leal competencia conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 18 de la mencionada norma**¹¹².

Es a toda vez interesante cómo en España la L.C.D. establece que la infracción a la ley general de publicidad es considerada *per se* como un acto de competencia desleal, armonizando su sentido con aquel de la Ley 34 de 1988 y reprimiendo de manera ejemplarizante el uso inadecuado de la publicidad.

6.1.1.1. Sentencia de 30 Dic. 1997. Tribunal Supremo Español, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo ref. 652/1994, Sección 3ª. Entidad O. Y COMPAÑÍA S.A. Vs. CONSEJO DE MINISTROS¹¹³. La entidad demandada impugnó una sanción de multa equivalente a \$1.000.001 pesetas, impuesta por el CONSEJO DE MINISTROS debido a una infracción al artículo 24 de la Ley 25 de 1988, la cual establece la prohibición de realizar publicidad en cualquier tramo urbano de las carreteras estatales, toda vez que tenía instalado un cartel publicitario en forma de

¹¹¹ Ley española 29 de 2009.

¹¹² Artículo 1º. Objeto. Esta Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.

¹¹³ Disponible en Internet. http://www.infoconsumo.es/ficheros/8/publicidad_subliminal.doc

toro en un sector de la vía entre Gijón y Avilés. En el respectivo proceso, se debatió si la valla expuesta en la carretera, la cual consistía en una plaza metálica que reflejaba la silueta de un toro negro, constituía o no publicidad.

El Tribunal Supremo Español desestimó la esencia publicitaria de la figura metálica del toro, basándose en la consideración objetiva generalizada del público según la cual el logo se convirtió en una figura decorativa del paisaje.

Al respecto, expuso el Tribunal: *“Objetivamente considerada, es evidente que la figura no transmite ya ningún mensaje directo al observador. No hay leyenda, ni gráfico que indique la identidad de un producto o servicio, pues la expresa referencia que con anterioridad hacía a un determinado tipo de brandy se ha hecho desaparecer. En estos momentos, para la generalidad de los ciudadanos que la contemplan, aun habiendo conocido su primitivo significado, ha dejado de ser el emblema de una marca, para convertirse en algo decorativo, integrado en el paisaje. Aunque en forma indirecta pueda recordar a algunos el símbolo de una firma comercial, el primer impacto visual que en la mayoría produce es el de una atrayente silueta, superpuesta al entorno, que más que inducir al consumo, recrea la vista, rememora «la fiesta», destaca la belleza del fuerte animal.*

Su plasticidad es tal que ilustra revistas, ha sido objeto de comentarios elogiosos de destacadas personalidades relacionadas con el mundo del arte y la cultura; algún Ayuntamiento (Valmojado-Toledo) la considera como bien cultural de interés local e integrada en el paisaje; Comunidades Autónomas como la de Andalucía han incoado expediente para su inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz con categoría de monumento; Asociaciones culturales como «España Abierta»

han solicitado su declaración como bien cultural; en determinados lugares «el toro» ha empezado a dar nombre a ciertos accidentes geográficos en que está instalado¹¹⁴”

Una interpretación ligada con el artículo 3 del Código Civil Español¹¹⁵ conllevó a que la Corte estimara que la figura del toro correspondía a un elemento decorativo integrado al paisaje. **Sin embargo, como puede apreciarse en la Sentencia, el Tribunal Supremo no desestimó la presencia del factor subliminal en el logo, debido a componentes colindantes al proceso:**

“Es verdad, y ello no pasa desapercibido para esta Sala, que la imagen entra en el concepto europeo de publicidad encubierta o subliminal, entendida como exhibición verbal o visual de la marca de un productor de mercancías o un prestador de servicios con propósito publicitario (Directiva 97/36/CE). Si así no fuera, no se explicarían los gastos de mantenimiento de la valla que se costean por la entidad recurrente, e incluso la interposición de este recurso, en cuanto a impedir su demolición. Ahora bien, por encima de este factor, en la pugna de dos intereses en juego, debe prevalecer, como causa que justifica su conservación, el interés estético o cultural, que la colectividad ha atribuido a la esfinge del toro, en consonancia con el Art. 3 CC (...)”¹¹⁶

Si bien el Tribunal estimó el recurso de la Entidad, la cual por ende no se vio conminada en pagar la multa en mención gracias a que se restó importancia al carácter publicitario del logo, considerado como un elemento estético del paisaje y no un anuncio comercial, es de considerar que **no se negó el carácter subliminal** del toro ni se descartó la

114 *Ibíd.*

115 Art. 3º

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (...).

116 *Ibíd.*

posibilidad de generar una percepción inconsciente de los consumidores del licor relacionado con la figura en mención.

6.1.2. Alcance de la Ley 256 de 1996 Frente a la Figura de la Publicidad

Subliminal. Toda vez que el principal objetivo de la publicidad subliminal consiste en alterar la decisión de compra del consumidor a favor de quien anuncia a través de ella, podría pensarse *a priori* que se trata una conducta principalmente evaluable a la luz del inciso segundo de la Cláusula General de Prohibición.

Sin embargo, la complejidad de la evaluación de la publicidad subliminal como mecanismo idóneo para alterar la decisión de compra de los consumidores, recae en cómo comprobar objetivamente la idoneidad de una conducta que por su misma naturaleza es subrepticia y difícilmente perceptible por los sentidos de aquellos; dada su dificultad probatoria, más allá del contenido del anuncio publicitario la publicidad subliminal requiere de pruebas e indicios auxiliares que permitan identificarla en la práctica.

Ante esta dificultad, se sugiere enfocar la evaluación de la publicidad subliminal a través del inciso primero de la Cláusula General de Prohibición, al reprender ésta la publicidad subliminal siempre y cuando sea **desleal** -vale decir, contraria a la buena fe comercial y a las sanas costumbres mercantiles-. En otras palabras, si la conducta presuntamente subliminal es contraria a la buena fe comercial y las costumbres mercantiles, será desleal sin que se requieran comprobaciones científicas con respecto a su naturaleza o capacidad de influencia sobre la decisión de compra del consumidor promedio.

Respecto al alcance de la L.C.D. frente a la publicidad subliminal a través de la Violación de Normas, es necesario exponer estos inconvenientes del entorno colombiano:

- **Actualmente, no existe ley en Colombia que regule de manera expresa la figura de la publicidad subliminal, como ocurre en la Ley de Publicidad Española.**
- Además, la dificultad de la aplicación del artículo recae en cómo demostrar que una conducta apenas perceptible, es susceptible de generar una ventaja jurídica efectiva y significativa.

Debido a estos inconvenientes es que la presente investigación sugiere de manera alternativa una mayor cobertura legislativa con respecto a la publicidad subliminal tal como se presenta en España, en la cual no sólo se sanciona la figura *per se* legalmente sino que además la L.C.D. la califica como desleal. En ese orden de ideas, se recomienda una regulación estricta de la figura ante cualquier eventualidad real o potencial susceptible de vulnerar la lealtad en este escenario de tal manera que la realización de una ventaja efectiva sea evaluable por la L.C.D siempre y cuando se dé con ocasión a su infracción correspondiente.

6.2. La Publicidad Redaccional. RICARDO ANTEQUERA PARILLI define esta figura como *“aquella que se presenta bajo la máscara de un mensaje informativo y que generalmente se encuentra prohibida, a menos que vaya acompañada de algún lema o aclaración que no deje dudas al consumidor en cuanto a que se trata de un mensaje comercial promovido o pagado por el anunciante del correspondiente producto o*

servicio, con menciones como las de “anuncio publicitario” o “publi-reportaje” por ejemplo”.¹¹⁷.

En efecto, la publicidad redaccional consiste en la utilización de mensajes de tipo publicitario dentro de aquellos espacios que tienen una connotación informativa, sin que el público promedio tenga la posibilidad de percibir que se trata realmente de un aviso comercial.

6.2.1. Sentencia Corte Canadiense de Quebec - ROGER-LUC CHAYER c. CORPORATION SUN MEDIA, 125-32-001527-058. 2005. En esta Decisión de la Corte de Quebec, Marc Gagnon, J.C.Q. – de 30 de agosto de 2005, la editora de prensa SUN MEDIA CORPORATION fue condenada a pagar una suma de \$2.200 CAD al artista ROGER-LUC CHAYER debido a la utilización de una fotografía que contenía su imagen en dos de sus periódicos sin su autorización, instando al público a asistir a un establecimiento de comercio en el cual él se habría de encontrar.

Esta conducta fue condenada por encontrarse en contraposición del COPYRIGHT ACT, bajo la modalidad de publicidad redaccional, encaminada a presentar un “publirreportaje” o “*infomercial*”¹¹⁸.

SUN MEDIA CORPORATION defendió su conducta manifestando que se trataba de una información de interés general y que, en ese orden de ideas, se configuraba una excepción conforme al punto 29.2 del COPYRIGHT ACT Canadiense.

117 ANTEQUERA PARILLI. Op. Cit. Pág. 126.

118 Caso mencionado en la obra citada de ANTEQUERA PARILLI, citas desarrolladas a través de la página web: http://portal.unesco.org/culture/es/files/30501/11441439771Canada_sp.pdf/Canada_sp.pdf

Según extracto de la Sentencia: *“La ley prevé que la utilización privada de una obra con fines de estudio o de investigación, para fines de crítica o de reporte, incluso la que tiene como finalidad dar una noticia y volverla pública, constituyen lo que son las “utilizaciones equitativas” que están permitidas sin necesidad de obtener una autorización.*

La intimada nos expone que los reportajes de sus dos publicaciones semanales acompañadas con la foto perteneciente a la actora, constituían noticias de interés general y que partía del supuesto de poderlas publicar sin autorización previa.” 119

Las razones expuestas por la Corte para condenar a la editora fueron las siguientes:

- Incluir la imagen de una celebridad, sin autorización alguna y en manifiesta contraposición del COPYRIGHT ACT.
- Instar al público a través de un espacio de carácter comercial, a que ingresara a un bar y concurriera con esta persona, pretendiendo revestir el espacio de carácter informativo sin realizar la aclaración debida.

Consideró la Corte: *“No hay duda de que el evento reportado podía constituir en sí una noticia de interés público. Sin embargo, lo que genera el problema y constituye una derogación a la ley es de antemano, el hecho de haber acompañado la noticia con una foto protegida por el derecho de autor.*

El reportaje que se hace del evento materia de este asunto, reviste sobre todo la apariencia de una publicidad comercial. Desde el humilde punto de vista de esta Corte,

119 Corte Canadiense de Québec - ROGER-LUC CHAYER c. CORPORATION SUN MEDIA, 125-32-001527-058.

el hecho de invitar a los lectores de un periódico a presentarse un día, a una hora determinada, en un bar que se caracteriza porque ofrece consumos a través de una personalidad de la farándula, constituye un publisreportaje y no un reportaje”.

Es de notar que la inducción a error al público y la manipulación de su libertad de decisión, se constituyó al haberse emitido un mensaje comercial, cobijado bajo un enfoque presuntamente informativo y por ende engañoso y contrario a la buena fe y las sanas costumbres.

6.2.2. Mención sobre la Publicidad Redaccional en la Directiva Europea 2005/29/CE.¹²⁰ En Europa, la prohibición frente a esta modalidad publicitaria ha sido señalada como de obligatorio cumplimiento entre los Estados miembros a la Unión Europea, gracias a la Directiva en mención, en cuyo ANEXO 1 - PRÁCTICAS COMERCIALES QUE SE CONSIDERAN DESLEALES EN CUALQUIER CIRCUNSTANCIA, se consagra la publicidad redaccional como una modalidad de publicidad desleal, así:

“(...) Recurrir a un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto, pagando el comerciante por dicha promoción, pero sin que

120 Conforme a lo dispuesto en la página oficial de la Comisión Europea “La Directiva europea establece los objetivos que deben lograr los Estados miembros, dejándoles elegir los medios para hacerlo. La Directiva puede ir dirigida a uno, varios o todos los Estados miembros. Para que los principios en ella establecidos surtan efecto para los ciudadanos, el legislador nacional debe adoptar una norma de Derecho interno que conforme el ordenamiento jurídico nacional a los objetivos de la Directiva.

La Directiva fija una fecha límite para la transposición al Derecho nacional. Los Estados miembros cuentan con un margen de maniobra que permite tener en cuenta sus peculiaridades nacionales. La transposición tiene que realizarse dentro del plazo que marca la Directiva.

La Directiva se utiliza para armonizar las legislaciones nacionales, por ejemplo en temas relacionados con el mercado único (normativas sobre seguridad de los productos, etc.).” texto original en la página web http://ec.europa.eu/eu_law/introduction/what_directive_es.htm.

ello quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor (publirreportajes)”

Como se puede ver entonces, desde el enfoque jurisprudencial y normativo es posible reprimir esta modalidad publicitaria debido a su capacidad para desviar el criterio del receptor, quien podría asumir estar en presencia de un mensaje objetivo de carácter informativo, cuando en realidad se le está enunciando de forma encubierta un simple anuncio comercial.

Con el fin de no incurrir en esta conducta, el anunciante deberá hacer aclaración expresa de la naturaleza publicitaria inmersa en el marco informativo que se expone, de manera tal que el público pueda captarla.

6.2.3. Alcance de la Ley 256 de 1996 frente a la figura de la Publicidad Redaccional. Una conducta en la cual un anunciante se vale clandestinamente de medios informativos para promocionar comercialmente un producto, podría ser sancionada con base en la Cláusula General de Prohibición consagrada en el artículo 7, en virtud de la infracción a la buena fe comercial y las sanas costumbres mercantiles, además de la capacidad para alterar la decisión de compra de los consumidores.

Mediante esta modalidad evaluable a través del artículo citado, pueden presentarse otras conductas consagradas en la L.C.D., lo cual permitiría una mayor aplicación según fuera el caso. Sin embargo, el común denominador de aplicación recae en la **Cláusula General de Prohibición**, debido a la capacidad que tiene de manipular de manera reprobable la decisión de compra del público consumidor y el comportamiento contrario a la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial y comercial.

En el mismo sentido que en la publicidad subliminal, la violación de normas consagrada en el artículo 18 de la norma es aplicable siempre y cuando exista una regulación específica sobre el tema, y se cumplan además los requisitos de ley consagrados en la disposición, lo cual brinda un alcance auxiliar en la medida que se cuente con normatividad particular al respecto.

6.3. La Publicidad Inductiva. La publicidad inductiva es *“aquella que además de ofertar un determinado bien o servicio, viene acompañado de una ilusión, generalmente de bienestar, seguridad y confiabilidad, dados por el producto publicitado, que pretende lograr que el receptor y futuro usuario identifique la sensación transmitida con el objeto publicitado, y así inducirlo a la adquisición de tales bienes y servicios”* ¹²¹. Bajo esta modalidad publicitaria, el consumidor se inclina a adquirir aquello que se ofrece, interesado en asumir ese estado positivo o superior de satisfacción que el anuncio transmite.

Los inconvenientes relacionados con esta conducta ocurren cuando ese estado de superioridad anunciado se convierte en la razón de compra del consumidor, quien finalmente podría quedar insatisfecho después de adquirir el producto.

Adicionalmente, esta conducta se presenta cuando se incita a llevar a cabo conductas perjudiciales como ingerir licor en exceso, fumar, manejar un vehículo a altas velocidades, etc., a través de mensajes que presentan un estado de bienestar que no corresponde con la realidad. Lo anterior, sin advertir siquiera respecto a un riesgo o daño eventual, exponiendo la integridad del público consumidor.

¹²¹, Definición de GOBATO, Alan Carlos, “La autonomía de la voluntad en las relaciones de consumo”. Citado por ANTEQUERA PARILLI. Op. Cit. Pág. 130

6.3.1. Aspectos Relevantes de la Ley de Defensa al Consumidor Argentina frente a La Publicidad Inductiva. El artículo 8 de la Ley 24.240 argentina consagra que “*Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.*”. Teniendo en cuenta el ámbito de protección de esta norma, los estados de satisfacción y superioridad con ocasión a los productos ofrecidos, podrían interpretarse como elementos integrantes de la oferta comercial y, por ende, habrían de ser garantizados por los anunciantes o, en su defecto, restringidos en su utilización.

El tratadista argentino ROBERTO MUGUILLO, expuso en su obra citada el carácter contractual de la publicidad, señalando la responsabilidad del anunciante frente a las bondades, ventajas y cualidades de los productos que ofrece:

“(...) en el campo de los contratos de consumo, la vía de la responsabilidad contractual encuadra en forma más acorde a la luz de los efectos del contrato de publicidad, del mensaje publicitario y de lo determinado por el art. 8° de la mencionada ley 24.240. deviene esta responsabilidad de corte contractual sobre el anunciante-fabricante no vendedor (...) pues éste está vinculándose tácitamente con el consumidor mediante esa cadena de contratación-comercialización que, empezando en su acto de producción, pasa por la vía del mensaje publicitario a que hace referencia el artículo 8°. El vendedor –contratante material y directo con el consumidor- verá superponerse sobre sí a la figura del anunciante fabricante como oferente publicitario del producto o servicio (art. 8, ley 24.240) y ambos quedarán sujetos a esa responsabilidad de claro corte contractual, pues las ventajas, bondades y cualidades del producto o servicio que

*indujeron la compra del consumidor, han sido “ofrecidas” (art. 1148 Cód. Civil; art. 7 ley 24.240) por el anunciante-fabricante no vendedor”*¹²²

En virtud de lo anterior, y conforme al artículo 19 de la Ley en mención, el cual establece que “*Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos*” en Argentina todo anunciante publicitario tiene la responsabilidad legal de garantizar las bondades y demás cualidades ofrecidas a los consumidores, ante lo cual entra el debate sobre hasta qué punto deberá responder por aquellas circunstancias anunciadas de claro orden subjetivo, en las cuales se exponen estados de satisfacción y superioridad, con motivo del consumo del producto brindado.

6.3.2. Ejemplos Legales de la Publicidad Inductiva en Colombia. La Publicidad Inductiva, si bien no se encuentra definida como tal en nuestro país, ha sido regulada a través de algunas normas jurídicas recientes que merecen ser expuestas a continuación:

El Acuerdo 01 de 2006 de la CNTV, establece en su artículo 5 literal 4 que la publicidad sobre alcohol y tabaco “*no podrá asociar su consumo con el éxito o el logro de metas personales, sexuales, profesionales, económicas o sociales, ni afirmar o sugerir que el consumo sea algo deseable u opción válida para resolver problemas, ni ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad*”.

¹²² “Así, éste quedará *integrado* en la oferta que se conformará en consentimiento contractual con la aceptación del consumidor, concretando el contrato de consumo (punto final de la cadena de contratación-comercialización); por ello, será legitimado pasivo ante cualquier supuesto de responsabilidad por el producto o servicio prestado”. MUGUILLO, Roberto. Op. Cit. Pág. 298.

En virtud de la Ley Antitabaco 1335 de 2009, se llevó a cabo un mayor control legislativo en materia de publicidad relacionada con el consumo de cigarrillo, toda vez que se prohibió cualquier tipo de afirmación en el empaquetado y etiquetado que sugiera que fumar contribuye al éxito deportivo, la popularidad social, éxito profesional o sexual¹²³.

Más allá de prohibir esta modalidad, la Ley Antitabaco optó además por obligar a los productores a incluir de manera veraz y evidente los efectos nocivos del consumo de cigarrillos en el empaquetado mediante advertencias y pictogramas, amparando la suficiencia de la información a favor del público¹²⁴.

6.3.3. Alcance de la Ley 256 de 1996 frente a la Publicidad Inductiva. El artículo 7 sobre la Cláusula General de Prohibición es aplicable en la medida en que el mensaje publicitario esté encaminado en alterar engañosamente la libre decisión de compra de los consumidores, lo cual sería contrario además a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia comercial e industrial, ya que se pueden ver inducidos a involucrarse en situaciones revestidas de fantasía -e incluso peligro en algunos casos-, con ocasión a la adquisición de un bien o servicio¹²⁵.

123 ARTÍCULO 13. EMPAQUETADO Y ETIQUETADO. El empaquetado y etiquetado de productos de tabaco o sus derivados no podrán (...) b) sugerir que fumar contribuye al éxito atlético o deportivo, la popularidad, al éxito profesional o al éxito sexual. [Énfasis fuera del texto]

124 PARÁGRAFO 1o. En todos los productos de cigarrillo, tabaco y sus derivados, se deberá expresar clara e inequívocamente, en la imagen o en el texto, según sea el caso y de manera rotativa y concurrente frases de advertencia y pictogramas, cuya rotación se hará como mínimo anualmente, según la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social.

125 Por ejemplo, piénsese en un caso hipotético en el cual una Compañía de antidepresivos irresponsablemente lanza un anuncio publicitario en el cual una persona se encuentra de muy buen ánimo en una fiesta rodeado de mujeres y bebidas alcohólicas, una vez consumido el producto antidepresivo. Si bien el ejemplo pudiera parecer exagerado, es apreciable cómo el anunciante se aprovecha de la necesidad del consumidor de salir de su depresión, atrayéndola a adquirir su producto mediante una técnica

Nuestra legislación ha avanzado jurídicamente con respecto a esta figura gracias a la expedición de normas jurídicas tales como el Acuerdo 01 de 2006 de la CNTV, y la Ley Antitabaco de 2009, que consagran y restringen su desarrollo. En ese sentido, la publicidad inductiva podrá ser sancionable por la L.C.D. como desleal a través de la infracción de normas en aquellos casos que los anunciantes obtengan una ventaja comercial significativa omitiendo deberes legales (como por ejemplo advertir la nocividad del consumo de cigarrillo en contraposición a la Ley Antitabaco) en relación con quienes sí cumplen con aquellos preceptos, evidenciándose así la validez de la aplicación del artículo 18.

6.4. Conclusiones Preliminares.

1. Modalidades publicitarias como la subliminal pueden no ser tan fácilmente calificables por la L.C.D., toda vez que en la práctica es bastante engorroso llegar a probar la existencia de un mensaje apenas perceptible. En ese orden de ideas, se sugiere que dado el caso de presentarse esta figura en un caso particular y de manera presunta, se analice la conducta en todo su conjunto a través del inciso primero de la Cláusula General de Prohibición, en virtud del cual se reprenden los comportamientos contrarios a la buena fe comercial, según los criterios éticos vigentes en el momento y lugar de su evaluación.

De manera alternativa, se sugiere que en Colombia se regule legalmente la publicidad de tal manera que prohíba la posibilidad de valerse de técnicas que manipulen el inconsciente del consumidor, tal como ocurre en España gracias a la

inductiva reprochable y riesgosa. En tal sentido, el engaño en la publicidad inductiva es reprobable a la luz de la Cláusula General de Prohibición de la L.C.D.

Ley de Publicidad. Siguiendo ese parámetro, sería posible extender la aplicación de la L.C.D. a un campo más amplio que la Cláusula de Prohibición, permitiéndose así la calificación de una conducta desleal a través del artículo 18 en caso que se viole alcance una ventaja significativa mediante la infracción de esas normas jurídicas.

2. La publicidad redaccional no es más que una manifestación del engaño a través del producto propio, lo cual permite que la Cláusula General de Prohibición sea aplicable como consecuencia de la alteración al discernimiento del consumidor y la infracción a la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia comercial e industrial. Sin embargo, no está de más sugerir que se desarrolle regulación normativa sobre esta modalidad con el fin de extender el alcance de la L.C.D. a través del artículo 18, encontrándose así a la vanguardia de lo dispuesto en la Directiva Europea 2005/29/CE.
3. La publicidad inductiva ha tenido un desarrollo reciente en Colombia que evidencia un alcance más extenso de la L.C.D. en virtud de la presencia de leyes como la Ley Antitabaco y el Acuerdo 01 de 2006 de CNTV que consagran prohibiciones particulares contra el ejercicio de esta figura y habilitan la aplicación del artículo 18, siempre y cuando se generen ventajas significativas derivadas de operaciones violatorias de normas jurídicas.
4. El estudio de estas modalidades permite concluir que la L.C.D. está además facultada para reprimir ventajas efectivas y significativas a través de la publicidad a través de la óptima aplicación el artículo 18, junto con el fortalecimiento de una regulación publicitaria que sea progresiva, constante y armónica con el sentido de la Ley.

VII. VENTAJAS DE LOS MECANISMOS DE LA LEY 256 DE 1996 FRENTE A LA DESLEALTAD PUBLICITARIA

7.1. Introducción Conceptual al Tema. Analizado el alcance de la norma Ley 256 de 1996 en materia publicitaria a través de la cláusula general de prohibición y sus supuestos fácticos, este último capítulo ilustrará algunas ventajas que supone para los participantes del mercado valerse de los mecanismos presentes en esta norma, con el fin de prevalecer sus derechos en el ejercicio comercial.

En primer lugar, es necesario advertir que el artículo 20, el cual señala los mecanismos de acción en materia de competencia desleal, contiene una imprecisión de carácter conceptual al realizar una clasificación según las acciones que podrán ejercerse, ya que técnicamente la norma debió hacer referencia a las pretensiones posibles.

Así lo evidencia la Maestra ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ, quien en su obra “La Acción de Competencia Desleal Como mecanismo de protección de la Propiedad Industrial, en especial del Régimen de Medidas Cautelares” argumentó *“Incorre la ley en una imprecisión terminológica, pues la acción es sólo una y no cabe hacer clasificaciones de la misma. Tal y como lo señala Hernán Fabio López “resulta totalmente equivocado insistir en hablar de diferentes clases de acciones, pues lo que fundamenta esas clasificaciones son las pretensiones y el proceso”*.

*La acción es el derecho subjetivo que tienen todos los sujetos para acudir ante los órganos jurisdiccionales y reclamar algo. La forma de concretar dicho derecho de acción es la pretensión, la cual sí admite clasificaciones”*¹²⁶

Con base en esta aclaración, en los siguientes subcapítulos se desarrollará la naturaleza de las distintas pretensiones que pueden tener lugar en virtud de la Ley 256 de 1996.

7.2. La Pretensión Declarativa y de Condena - Artículo 20 numeral 1) de la Ley de Competencia Desleal¹²⁷. Es preciso recordar que durante la vigencia del artículo 76 del Código de Comercio, existía el mecanismo según la cual se podía solicitar la indemnización de los perjuicios causados por una conducta desleal en el mercado. En virtud de la Ley 256 de 1996, la pretensión declarativa y de condena está encaminada a declarar la ilegalidad de los actos materializados, la remoción de los efectos producidos y/o la correspondiente indemnización de perjuicios causados al demandante, manteniendo los lineamientos de represión sobre el acto consumado según la medida establecida en el derogado artículo 76 del Código de Comercio, permitiendo en materia publicitaria:

- La declaración jurisdiccional de la ilegalidad de los anuncios.

126 LÓPEZ MARTÍNEZ, Adriana. “La Acción de Competencia Desleal Como mecanismo de protección de la Propiedad Industrial, en especial del Régimen de Medidas Cautelares”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997. Págs. 66-67

127 Artículo 20. Acciones. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley (...).

- La remoción de los efectos de los anuncios¹²⁸ y/o,
- la correspondiente indemnización de perjuicios al perjudicado, según sea el caso.

Ahora bien, a partir de la vigencia de la L.C.D. surgió un mecanismo adicional que brinda un mayor amparo a la protección de la leal y transparente concurrencia del mercado, al permitir que cualquier agente solicite la prevención o la prohibición de la realización de una práctica que si bien aún no ha producido daño alguno, se evidencia como idónea para tal efecto.

7.3. La Pretensión Preventiva o de Prohibición – Artículo 20 numeral 2) de la Ley 256 de 1996¹²⁹. La inclusión de este mecanismo en la L.C.D. otorgó mayor fuerza a la figura proteccionista de la competencia desleal, al haberla desprendido de la concepción indemnizatoria del Código de Comercio, permitiendo la posibilidad de prevenir o prohibir la materialización de las conductas desleales.

En ese sentido se refirieron los autores ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA, señalando cómo la legislación colombiana se puso a la vanguardia con la legislación extranjera con el tema, en pro de la protección a favor del mercado: *“Con esta acción el ordenamiento jurídico del país se coloca a la par con la tendencia imperante en el derecho de la competencia de otros países, en la cual poco a poco la acción de competencia desleal ha centrado su atención en la acción preventiva, ya que la doctrina*

128 “Esta pretensión no será viable en todos los casos, pues no todas las situaciones pueden volverse a un estado anterior. Podría pensarse como un ejemplo de remoción de los efectos producidos por el acto en aquellos casos de actos de engaño en donde se hace difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, en donde se obligue a quien haya incurrido en el acto desleal a rectificar las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.” LÓPEZ MARTÍNEZ. Op. Cit. Pág. 68.

129 Artículo 20. Acciones. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones: (...) 2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.

*ha considerado que la competencia desleal basada en un hecho dañino debe modificarse por cuanto actualmente en esta materia es más importante la prevención de los actos desleales que la misma reparación del perjuicio causado”*¹³⁰

Si un sujeto siente amenazada su participación en el mercado por ejemplo, el contenido de una “campaña de expectativa”, podrá valerse de la acción preventiva para evitar su desarrollo.

En caso que el anuncio publicitario tenga lugar en el mercado y no haya ocasionado aún un daño efectivo, el sujeto podrá interponer la pretensión de **prohibición**, con el fin de cesar dicha actividad antes que genere el perjuicio potencial.

Tal y como lo señaló el Dr. JAECKEL KOVACS:

“La primera alternativa envuelve una pretensión de prohibición, de tal forma que lo que se solicita al juez es que se ordene al demandado no realizar (hacer) aquella conducta que presumiblemente va a cometer y que envuelve un peligro para el demandante que piensa que puede llegar a ser afectado o perjudicado por la misma.

Por su parte, la segunda alternativa que contiene la norma comentada, ya no se refiere a actos que aún no se han producido, sino a aquellos que habiéndose cometido y que continúan en el tiempo, aún no han ocasionado perjuicios al demandante. Por lo tanto, la prohibición que trae la norma, se refiere a una cesación del acto desleal. De esta forma se proporcionan elementos suficientes al demandante para defenderse de actuaciones desleales que presume que le van a causar perjuicios, sin tener que esperar

130 Op. Cit. Pág. 292.

*a que la actuación produzca las consecuencias negativas que dicha conducta ocasionaría.”*¹³¹

7.4. Extensión de la Legitimación por Activa – Artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal¹³². El artículo 21 de la L.C.D. permite que *cualquier persona* que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, esté legitimada para ejercer las pretensiones previstas en la norma, ampliando evidentemente la concepción restrictiva de la regulación consagrada en el Código de Comercio, en la cual solamente se cobijaban las relaciones entre los comerciantes y se suponía, además, una relación de competencia¹³³.

De manera especial, la norma otorga legitimación a un conjunto de entidades adicionales que pueden interponer las pretensiones señaladas, a saber:

- Las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales.

¹³¹ “Apuntes de Competencia Desleal”. Pág. 49.

¹³² Artículo 21. Legitimación Activa. En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley.

Las acciones contempladas en el artículo 20, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:

Las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros.

Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores.

El Procurador General de la Nación en nombre de la Nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

La legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o una parte sustancial del mismo.

¹³³ “Por tanto, se prescinde para los efectos de la relación de competencia, concepción que en la actualidad ha sido superada, pues, como lo señala la profesora Bacharach de Valera, “la estricta relación de competencia relacionada con el competidor individual radica, pues, **en la superación tradicional de las estricta hecha entre empresarios directos** en aras del correcto funcionamiento del orden concurrencial. Esto quiere decir, por ejemplo, que también puede entablar la acción de cesación un perjudicado que no es competidor directo del autor, como, por ejemplo, la acción de un distribuidor contra un fabricante. Y tampoco es necesario que se trate de competitibilidad entre empresarios que fabriquen los mismos productos””. GÓMEZ LEYVA, Delio. “De las restricciones...”. Pág. 480.

- Las asociaciones que tengan por finalidad la protección del consumidor.
- La Procuraduría General de la Nación.

Vale decir, tanto las asociaciones de profesionales y gremiales, como aquellas que tienen como fin la protección al consumidor, sólo podrán ejercer las pretensiones de competencia desleal, en la medida en que exista una afectación en sus **intereses generales** de manera **grave y directa**, requisitos que es preciso aclarar no son de fácil determinación al no existir un criterio unificado sobre el control de la gravedad de los hechos¹³⁴.

Ahora, si bien la norma permite por un lado la posibilidad que todo participante real o potencial pueda interponer los mecanismos de la L.C.D., particularmente le otorgó legitimidad a las asociaciones de protección al consumidor para tal efecto. Sobre este punto, surge la inquietud con respecto a si un consumidor individualmente considerado puede interponer las pretensiones de Competencia Desleal o, en *contrario sensu*, sólo pueden ejercerse a través de las asociaciones de consumidores.

7.4.1. Debate sobre la Legitimación por Activa de los Consumidores. Existe una primera posición en virtud de la cual la Ley de la Competencia Desleal otorga legitimidad a los consumidores únicamente en la medida en que exista una afectación generalizada a sus intereses, razón por la cual la pretensión sólo podría ser interpuesta a través de las asociaciones de protección al consumidor.

¹³⁴ “Se introduce con el otro requisito un factor que, seguramente, no será, de fácil calificación, pues al exigir gravedad, es cause de que los intereses de los miembros se afecten de manera sensible. Esta desafortunada exigencia seguramente, que en muchos casos puedan quedar conductas desleales sin la represión indispensable para liberar el mercado de todo aquello que dificulte su desarrollo y le reste transparencia” *Ibíd.* 482.

La autora española SOL BACHARACH DE VARELA, citada por el maestro GÓMEZ LEYVA, señala en su obra “La acción de cesación para la represión de la competencia desleal” dos razones fundamentales que sustentan que la L.C.D. no satisfaga el interés individual de los consumidores:

“A nuestro juicio, el consumidor a título individual no debe estar legitimado para entablar por sí solo la acción de cesación. En primer lugar, y desde un punto de vista práctico, no cabe duda de que se encuentra en un plano de inferioridad en el mercado frente a los grandes industriales y comerciales; debilidad ésta que se supera a través de las asociaciones cuyo fin es la protección de los consumidores.

*En segundo término, porque, habiendo sufrido los efectos de una actuación ilícita, el **consumidor afectado**, como acertadamente señala Schricker, piensa tan sólo en obtener una indemnización por perjuicios sufridos. El solicitar la cesación de esa actuación concreta no entrará lógicamente en sus planes, ya que, descubierto el acto que le perjudicaba, ha eliminado el peligro de repetición porque no volverá a escoger ese producto. Es la asociación, pues, la que si se percata de la posibilidad de un engaño en la publicidad, por ejemplo de un producto concreto, solicitará la cesación de la misma para evitar el perjuicio de la colectividad de consumidores”*¹³⁵

Otro argumento válido en contra de la posibilidad de facultar al consumidor individual para interponer los mecanismos de competencia desleal, consiste en que existen otros mecanismos jurídicos para satisfacer dichos intereses, como ocurrió previamente con el Decreto 3466 de 1982 y, actualmente, la Ley 1480 de 2011, el nuevo Estatuto del Consumidor. En virtud de lo anterior, podría alegarse que el consumidor individual

¹³⁵ Citada por GÓMEZ LEYVA. *Ibíd.* Págs. 184 y 485.

cuenta con mecanismos jurisdiccionales distintos y más convenientes para proteger sus derechos, y el marco de la L.C.D. obedece a otros intereses.

Sin embargo, existen posiciones contrarias a esta tesis, amparadas en la interpretación según la cual el consumidor individualmente considerado es un **participante del mercado** y, como tal, tiene derecho de concurrir en él en un marco de transparencia y honestidad, sobre todo en cuanto a los medios empleados por los productores para que él tome las decisiones de compra o adquisición.

El autor DIONISIO M. DE LA CRUZ CAMARGO menciona en su obra “De los legitimados para presentar acciones por competencia desleal, los tipos de acciones, su prescripción y medidas cautelares” que en virtud del artículo 20 de la ley, **cualquier participante del mercado, incluidos los consumidores individualmente considerados, podrán interponer las acciones de competencia desleal:**

“Por un lado, tenemos a los consumidores, quienes no sólo son los árbitros de la actividad comercial al decidir con su elección entre los bienes y servicios que se le ofrecen, el que mejor colme sus expectativas de consumo, sino que también se les reconoce su condición de potenciales perjudicados por la comisión de actos desleales, por lo que pueden reclamar los perjuicios que dichos actos le irroguen, cuando estos hayan afectado a todo un conjunto de consumidores asociados en un ente jurídico que proteja sus intereses. Esto no es óbice para que un consumidor individual no pueda ejercer una acción por los perjuicios que un comportamiento le pueda causar.”¹³⁶

136 Contexto. Revista de Derecho y Economía. N° 25. Págs. 133-162. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Disponible en Internet: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/contexto/article/view/2544>. Consulta realizada el día 27 de julio de 2011.

La Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció sobre el alcance de la legitimación por activa de los consumidores, señalando que tienen **dos** alternativas en caso de sentirse vulnerados o amenazados por las conductas desleales en el mercado, mediante el Concepto 03008906 del 21 de abril de 2003:

“En este sentido, debe precisarse que el consumidor está en libertad de invocar en ejercicio de las acciones de competencia desleal cualquiera de las causales previstas en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando como se ha indicado antes, se acredite adecuadamente su participación en el mercado y que como consecuencia directa del comportamiento desleal resultaron afectados o amenazados su intereses económicos.

Además de lo anterior, en el artículo 21 ibídem se observa que para la defensa de los consumidores el legislador ha legitimado también a las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales, asociaciones de consumidores que según sus estatutos tengan por finalidad la protección del consumidor, legitimación que adicionalmente está supeditada a que el supuesto acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses económicos de los consumidores (...)

*En consideración a lo anterior, se concluye que el consumidor en el marco de la ley 256 de 1996, cuenta con **dos mecanismos** para ejercer las acciones de competencia desleal, de un lado está en posibilidad de hacerlo a través de las asociaciones que según sus estatutos tengan por finalidad la protección del consumidor, caso en el cual la asociación debe demostrar el perjuicio grave y directo a los intereses económicos de dichos consumidores y sin que para tal fin deba cumplir el requisito de participación en el mercado, y de otro lado está en posibilidad de incoar las referidas acciones de*

manera individual demostrando el requisito de participación en el mercado y acreditando debidamente la amenaza o perjuicio a su intereses económicos.”

Esta posición de la Superintendencia de Industria y Comercio fue reiterada mediante la cartilla “Preguntas Frecuentes – Competencia Desleal”, publicación lanzada en el año 2011, en cuyo texto se señala: *“La acción de competencia desleal puede ser elegida por toda persona natural o jurídica que participe o demuestre su intención de participar en el mercado cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por la realización, actual o potencial, de actos de competencia desleal”*¹³⁷. De lo anterior se concluye que la Superintendencia de Industria y Comercio defiende una interpretación sobre la norma que permite que sus mecanismos de acción sean interpuestos por toda persona, incluidos los consumidores individualmente considerados.

7.5. Extensión de la Legitimación por Pasiva – Artículo 22 de la Ley 256 de 1996¹³⁸. Extendiendo el campo de aplicación de la competencia desleal, el artículo 22 de la norma señala que será legitimado **por pasiva** todo aquel cuya conducta haya contribuido al acto de competencia desleal. El Dr. MAURICIO VELANDIA explica la extensión de la legitimación por pasiva, en el siguiente sentido:

“Por una parte se encuentra el infractor o ejecutor del comportamiento desleal, quien es el principal responsable, el autor de la conducta. En segundo lugar se encuentra legitimada desde el punto de vista pasivo cualquier persona que hubiera contribuido a la realización del acto desleal. En tal sentido, el juicio de responsabilidad en materia

¹³⁷ Pág. 7.

¹³⁸ Artículo 22. La Legitimación Pasiva. Las acciones previstas en el artículo 20 procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal.

Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley, deberán dirigirse contra el patrono.

*de deslealtad abarca un entorno importante ya que no sólo es responsable el autor del acto, sino que también los terceros que hubieren colaborado de manera activa o de manera pasiva.”*¹³⁹

Conforme a lo anterior, en materia publicitaria varias personas podrían ser demandadas con ocasión a la incursión de un anuncio desleal, destacándose así el carácter objetivo de la responsabilidad en la materia. Por ejemplo, podría reclamarse en contra de: a) los anunciantes, quienes directamente o por interpuestas personas realizan las conductas calificadas como desleales; b) los productores, quienes ordenan o toleran la ejecución del acto; c) las agencias publicitarias; d) medios de difusión; y, en últimas, todos aquellos que cooperen en su realización.

7.6. Dualidad de Autoridades Competentes - Proceso Verbal. La Ley de Competencia Desleal concedió a los Jueces Civiles de Circuito la competencia necesaria para conocer de las demandas de esta índole conforme a lo dispuesto en su artículo 24, a través de procesos abreviados¹⁴⁰.

La Ley 446 de 1998 en sus artículos 143 y 144 otorgó funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de Competencia Desleal en los mismos términos que los tenía previamente, en materia de prácticas restrictivas de mercado y abusos de posición dominante, conforme al Decreto 2153 de 1992.

¹³⁹ Op. Cit. Pág. 292.

¹⁴⁰ Artículo 24. Trámite. Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas legales sobre protección al consumidor, los procesos por violación a las normas de competencia desleal se tramitarán por el procedimiento abreviado descrito en el Código de Procedimiento Civil y serán competentes para su conocimiento los jueces especializados en derecho comercial creados por el Decreto 2273 de 1989. En donde éstos no existan conocerán de esta clase de procesos los jueces civiles del circuito.

Posteriormente, en concordancia con el artículo 49 de la Ley 962 de 2005¹⁴¹, las demandas por competencia desleal se conocieron por la Superintendencia de Industria y Comercio conforme a los parámetros del proceso abreviado en el Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, la ley 1395 de 2010 modificó el procedimiento para las controversias en materia de competencia desleal, teniéndose en cuenta que conforme a lo establecido en el artículo 22 de la mencionada disposición "*Los asuntos de mayor y menor cuantía y los que no versen sobre derechos patrimoniales, se sujetarán al procedimiento del proceso verbal de mayor y menor cuantía (...). Todo proceso declarativo que pueda ser conocido por las Superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales, se sujetará a lo establecido en este artículo.*"¹⁴², de tal manera que todo conflicto en materia de competencia desleal –a través de la jurisdicción ordinaria o la Superintendencia de Industria y Comercio- se lleva a cabo a través de procesos verbales menos dispendiosos que el abreviado, lo cual supone una ventaja considerable para el actor.

En vista de lo anterior, la Resolución 72788 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió el inicio de trámites de casos por Competencia Desleal a través de

141 Artículo 49. El artículo 144 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

"Los procesos jurisdiccionales que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal, se seguirán conforme a las disposiciones del proceso abreviado previstas en el Capítulo I, Título XXII, Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. En caso de existir pretensiones indemnizatorias, estas se tramitarán dentro del mismo proceso.

Parágrafo Transitorio. En los procesos por competencia desleal que conozca la Superintendencia de Industria y Comercio que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, en caso que se solicite indemnización de perjuicios, una vez en firme la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las conductas de competencia desleal, el afectado contará con quince (15) días hábiles para solicitar la liquidación de los perjuicios correspondientes, lo cual se resolverá como un trámite incidental según lo previsto en el Código de Procedimiento Civil."

procesos verbales, a partir del 03 de enero del año 2011, poniendo de presente la necesidad de adecuar personal e infraestructura acorde con las necesidades actuales y los requerimientos de la ley 1395 de 2010¹⁴³.

En síntesis, interponer una acción de competencia desleal no sólo supondrá para el demandante una dualidad de entidades que pueden conocer la materia, sino además la posibilidad de someterse a un proceso en teoría más ágil que el abreviado, en virtud de la derogación consagrada en la Ley 1395 de 2010¹⁴⁴.

7.7. Conclusiones Preliminares.

1. La variedad de pretensiones consagradas en la L.C.D. permite no sólo que el accionante solicite ante la justicia la declaración de la ilegalidad de la conducta

143 “CONSIDERANDO:

Sexto. Que actualmente, en materia de protección del consumidor la Superintendencia de Industria y Comercio, en promedio mensual, recibe seiscientos setenta y tres (673) procesos y decide aproximadamente cuatrocientos (400) y en asuntos de competencia desleal, en promedio mensual, esta Entidad recibe siete (7) demandas y aproximadamente decide cuatro (4).

Por lo anterior, a efectos de aplicar la Ley 1395 de 2010 en los procesos jurisdiccionales de competencia desleal y protección del consumidor, se hace necesario adecuar las salas de audiencias que actualmente posee la Superintendencia de Industria y Comercio y construir otras, a fin de poder adelantar las actuaciones que se requieran. Igualmente, se requiere contar con un recurso humano suficiente para atender las diferentes audiencias que se adelantarían en los citados procesos.

Séptimo. Que teniendo en cuenta que no se posee el número suficiente de salas de audiencias ni el recurso humano necesario para adelantar el trámite previsto en la Ley 1395 de 2010, se considera procedente que esta Entidad comience a aplicar la citada ley de manera gradual en los procesos jurisdiccionales que conoce, de la siguiente manera:

Las demandas de competencia desleal que se presenten a partir del 3 de enero de 2011 se tramitarán conforme con el procedimiento previsto en la Ley 1395 de 2010.”

144 “El procedimiento aplicable para las acciones de competencia desleal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2010, es el previsto para el proceso verbal establecido en el Código de Procedimiento civil. Es decir, que el proceso se desarrolla en audiencias en las que se escuchará a las partes directamente y se practicarán las pruebas en presencia de éstas y el juez. La sentencia que resuelve el proceso también se proferirá de manera oral.

Para los casos presentados con anterioridad al 1 de enero de 2011, el trámite es el establecido para los procesos abreviados. En éste, el proceso se desarrolla por etapas y la decisión se profiere de manera escrita” “Preguntas Frecuentes – Competencia Desleal” Superintendencia de Industria y Comercio. Noviembre de 2011.

publicitaria, su cesación o el resarcimiento de perjuicios causados. En virtud de la norma, podrá contar con las pretensiones pertinentes para prevenir la emisión de anuncios o campañas publicitarias antes de su lanzamiento; o bien para prohibirlas, aún cuando no se logre un daño personal y materializado.

2. La norma concede a todo participante del mercado la posibilidad de interponer las pretensiones correspondientes, permitiendo que corporaciones profesionales, asociaciones de consumidores, y el Ministerio Público, se valgan de estas medidas con el fin de ver garantizada su participación sana y transparente. Es de enmarcar cómo mediante la participación de estas entidades, se otorgan mayores garantías jurisdiccionales a los intereses generales de los competidores, el Estado y los consumidores.
3. La elaboración y posterior emisión de la publicidad requiere de un estricto y riguroso cuidado por parte de cada uno de los sujetos quienes en ella intervengan, so pena de verse demandados en un marco de responsabilidad netamente objetivo como consecuencia de una conducta desleal, potencial o efectivamente realizada. Lo anterior, en virtud de la legitimación por pasiva que extiende su esfera de aplicación hacia cualquier persona que participe en la conducta publicitaria desleal, de manera directa o indirecta.
4. El accionante tiene la posibilidad de interponer la pretensión que estime pertinente mediante la justicia ordinaria o la Superintendencia de Industria y Comercio, facultada con funciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal. Adicionalmente, la reforma procesal consagrada en la Ley 1395 de 2010 determinó que el trámite ante la Superintendencia de Industria y Comercio se adelantará a través de un proceso verbal, otorgando mayor agilidad en su desarrollo. Es de tener

en cuenta además, que la norma entró en vigencia el año pasado y ya se están adelantando las gestiones prácticas en la Superintendencia de Industria y Comercio, encaminadas a permitir el cabal desarrollo de estos trámites.

VIII. CONCLUSIONES FINALES.

El alcance de la Ley 256 de 1996 en materia publicitaria en Colombia ha estado fundado en diversos pilares que han permitido su aplicación de manera progresiva y dinámica desde el momento de su expedición:

En primer lugar se encuentra la Cláusula General de Prohibición, norma de importancia fundamental en la materia de nuestro estudio, toda vez que reprende las conductas irregulares en el mercado fundado en elementos de naturaleza eminentemente **ética**. Como consecuencia, le es posible a la norma evaluar circunstancias que se presentan en el mercado sin perjuicio alguno de tiempo, modo o lugar en que se presenten siempre y cuando sean **desleales**, es decir, contrarias a la rectitud e integridad que debe emanar del comportamiento de los agentes inmersos en el comercio en beneficio de todos sus participantes.

Adicionalmente, la norma cuenta con un conjunto de supuestos fácticos que si bien no brindan una extensión más relevante al alcance de la L.C.D. que aquella que brinda el artículo 7, sí constituyen un complemento de evaluación adicional al permitir que se particularicen determinados comportamientos que se estiman como desleales.

Ambos fundamentos normativos han sido desarrollados sustancialmente en el entorno normativo, jurisprudencial y doctrinario de nuestro país, tal y como se evidenció en el presente estudio.

Sin embargo, el análisis de la norma reveló que la Ley 256 de 1996 logra un aún mayor soporte en su aplicación en materia publicitaria a través de un elemento de naturaleza particular. El Artículo 18 -Violación de Normas- sanciona cualquier ventaja efectiva y

significativa adquirida con ocasión a la infracción de las normas jurídicas; y una regulación jurídica extensiva, actualizada, armónica e integral sobre la materia.

Como se evidenció en el presente estudio, legislaciones extranjeras han tenido un desarrollo técnico y legislativo integral con respecto a varias modalidades publicitarias, restringiéndose así su ejercicio desleal dentro del comercio. Nótese sobre todo la contribución de la legislación española en materia de publicidad desleal, ya que no sólo regula la publicidad a través de una norma unificada, sino que además se armoniza con el interés Estatal de proteger la sana competencia, al permitir que la infracción de sus preceptos sea desleal *per se* a la luz de su Ley de Competencia Desleal.

En este orden de ideas, es preciso concluir que sin perjuicio del reconocimiento que se le otorga a la Cláusula General de Prohibición y los supuestos fácticos, **la L.C.D. tendrá un alcance aún más dinámico y óptimo en su aplicación en la medida que una legislación integral, innovadora y a la vanguardia sobre la materia se lo permita, siendo el artículo 18, Violación de Normas, un “canal de integración” entre esta norma y la demás regulación en materia publicitaria.**

Es por esta razón que en virtud de la presente investigación, el autor sugiere que en Colombia se realice un esfuerzo legislativo aún mayor destinado a regular la publicidad de manera integral, progresiva y sobre todo enfocada en sus innovaciones a nivel global, de tal manera que se extienda el alcance de la L.C.D. más allá de la Cláusula General de Prohibición, sus supuestos fácticos, y el estudio de modalidades como la engañosa o la comparativa, cuyo desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario ha sido extensivo en nuestro país.

Se recomienda una regulación publicitaria sistematizada y a la vanguardia con los avances globales sobre la materia, que armonice su contenido con la Ley de Competencia Desleal y permita que el Estado refuerce el control sobre la leal competencia a través del tiempo. Lo anterior, sobre todo frente a aquellas conductas publicitarias no reconocidas aún por nuestro ordenamiento jurídico, que inevitablemente se han asentado en el mercado nacional tal y como alguna vez lo hicieron en legislaciones como la española.¹⁴⁵

Cumplíndose lo anterior, la competencia desleal conservará con aún mayor fuerza ese alcance dinámico y vanguardista que se le ha pretendido dar a través de la Ley 256 de 1996, permitiendo que en materia publicitaria los participantes del mercado tomen provecho del conjunto de bondades que supone interponer las pretensiones consagradas en su contenido.

¹⁴⁵ Esta regulación podría darse a través de un órgano único como es el caso de la Ley de Publicidad española, o también de manera fragmentada mediante normas que comiencen a restringir estas modalidades, tal y como se ha presentado recientemente en nuestro país mediante normas como la Ley Antitabaco.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

LEGISLACIÓN:

Acuerdo CNTV 01 de 2006

Circular Única 10 de 2001 Superintendencia de Industria y Comercio.

Código Civil. (España)

Constitución Política de 1991.

Copyright Act. (Canadá)

Decretos 1400 y 2019 de 1970. Código de Procedimiento Civil.

Decreto 410 de 1971. Código de Comercio.

Decreto 2153 de 1992.

Decreto 633 de 1993.

Decreto 677 de 1995

Directiva Europea 2005/29/CE.

Ley 155 de 1959.

Ley 74 de 1966.

Ley 09 de 1979.

Ley 23 de 1982

Ley 30 de 1986.

Ley 34 de 1988. (España)

Ley 03 de 1991. (España)

Ley 124 de 1994.

Ley 140 de 1994

Ley 178 de 1994.

Ley 24.240 de 1994 (Argentina)

Ley 256 de 1996.

Ley 446 de 1998.

Ley 962 de 2005.

Ley 1098 de 2006.

Ley 29 de 2009. (España)

Ley 1335 de 2009.

Ley 1395 de 2010.

Ley 1480 de 2011.

Resolución 024476 INVIMA de 1996.

Resolución 4320 Ministerio de Protección Social de 2004.

JURISPRUDENCIA:

Resolución No. 509 de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio.

Resolución N° 10030 de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio.

Resolución No. 00045 de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio.

Resolución No 32749 de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio.

Resolución No. 4987 Marzo 9 de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio.

Resolución 72788 de 2010. Superintendencia de Industria y Comercio.

Sentencia número 002 de 2006 - Radicación N° 03069417B. Superintendencia de Industria y Comercio.

Sentencia número 14 de 2010. Superintendencia de Industria y Comercio.

Sentencia de Casación 23 de junio de 1958. Corte Suprema de Justicia Sala Civil. M.P. ARTURO VALENCIA ZEA.

Sentencia de Casación 10 de julio de 1986. Corte Suprema de Justicia Sala Plena M.P. HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA.

Sentencia de Casación 12 de septiembre de 1995. Corte Suprema de Justicia Sala Civil. M.P. NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

Sentencia de 30 Dic. 1997. Tribunal Supremo Español Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo rec. 652/1994, Sección 3ª. (España)

Sentencia C-010 de 2010 Exp. D-2431. Corte Constitucional. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia C-830 de 2010 Exp. D-8096. Corte Constitucional. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Sentencia Corte Canadiense de Quebec - ROGER-LUC CHAYER c. CORPORATION SUN MEDIA, 125-32-001527-058. 2005. (Canadá)

Sentencia de 30 Dic. 1997. Tribunal Supremo Español, Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo rec. 652/1994, Sección 3ª. Entidad O. Y COMPAÑÍA S.A. Vs. CONSEJO DE MINISTROS (España).

DOCTRINA:

ALMONACID, Juan Jorge, GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Editorial Legis, Bogotá.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “Estudios de propiedad industrial y Derechos de Autor”. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 2009.

ARENS, William F. “Publicidad” Mc Graw Hill Interamericana. México, 1996.

BOTERO, Luis Gabriel. “Legislación y Derecho Publicitario”. El Navegante Editores. Bogotá. 1998.

BERCOVITZ, Alberto. “La Regulación contra la Competencia Desleal en la ley de 10 de Enero de 1991”. Boletín Oficial del Estado. Cámara de Comercio de Madrid. Madrid, 1992.

Código Colombiano De Autorregulación Publicitaria. Bogotá. 1998.

DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio M. “De los legitimados para presentar acciones por competencia desleal, los tipos de acciones, su prescripción y medidas cautelares”. Con-texto. Revista de Derecho y Economía. Universidad Externado de Colombia. 2008. Págs. 133-162.

DE LA CUESTA RUTE, José María. “Lecciones de Derecho de la Publicidad”. Editorial de la Universidad Complutense. Madrid, 1985.

GACHARNÁ, María Consuelo. “La Competencia Desleal”. Editorial Temis. Bogotá, 1982.

GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Imprenta Aguirre. Madrid. 1976.

GÓMEZ LEYVA, Delio. “Las Prácticas restrictivas de la libertad de la competencia en la Comunidad Económica Europea”. En “Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia” Cámara De Comercio de Bogotá. Bogotá D.C. 1993. Pág. 11.

GÓMEZ LEYVA, Delio. “De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá. 1998.

JAECKEL KOVACS, Jorge. “Apuntes de Competencia Desleal”. Noviembre de 2005.

JAECKEL KOVACS, Jorge. “La Competencia desleal en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena” Bogotá, octubre de 2000

JAECKEL KOVACS, Jorge. “La Publicidad Engañosa”. Bogotá. 2001.

LÓPEZ MARTÍNEZ, Adriana. “La Acción de Competencia Desleal Como mecanismo de protección de la Propiedad Industrial, en especial del Régimen de Medidas Cautelares”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997.

MÁRQUEZ ROBLEDO, Felipe “Apuntes sobre derecho económico y derecho de la Competencia” Pontificia Universidad Javeriana. Segunda Edición. 2007.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia” en *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI – Derecho Económico*. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Temis. 2010.

MUGUILLO, Roberto. “Publicidad”. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2005.

PINZÓN, Gabino. “Introducción al Derecho Comercial”. Editorial Temis. Bogotá. 1985.

RESTREPO, Juan Camilo. “Abuso de la posición dominante”. En “Hacia un Nuevo Régimen de Promoción de la Competencia”. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá. 1993.

REVISTA PUBLICIDAD Y MERCADEO. “La CONARP ¿Hay que dotarla de Colmillos?”. No. 293. Bogotá. Julio de 2005.

RIVERA CAMINO, Jaime y SUTIL MARTÍN, Lucía. “Marketing y Publicidad Subliminal: Fundamentos y aplicaciones.” ESIC Editorial. Madrid. 2004.

ROJAS GONZÁLEZ, Clara Leticia. “La Autorregulación Publicitaria en Colombia” Editorial Temis. Bogotá. 1993.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 03008906 de 2003.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Compendio de Doctrina y Jurisprudencia de Competencia Desleal. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá D.C., Marzo de 2008.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. “Derecho de los Mercados”. Edición dirigida por JAIRO RUBIO ESCOBAR. Editorial Legis. 2007. Bogotá.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. “Preguntas Frecuentes Competencia Desleal. Bogotá. Noviembre de 2011.

TATO PLAZA, Anxo. “La Publicidad Comparativa”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 1996.

TORRES ROMERO, Margarita María. Un Comodín Fundamental – La Competencia Desleal por violación a las normas jurídicas. Universitas Estudiantes N° 4-2007. Pontificia Universidad Javeriana.

VELANDIA, Mauricio. Derecho de la Competencia y del Consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.

VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Instituciones de Derecho Comercial. Señal Editora. Medellín. 2002.

INTERNET:

<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/contexto/article/view/2544>.

Consulta realizada el 11 de junio de 2011.

http://ec.europa.eu/eu_law/introduction/what_directive_es.htm. Consulta realizada el 07 de enero de 2011.

http://portal.unesco.org/culture/es/files/30501/11441439771Canada_sp.pdf/Canada_sp.pdf. Consulta realizada el día 14 de julio de 2011.

<http://www.auc.es/Documentos/Demandas%20Tribunales/Deman2000/fortun2.pdf>

Consulta realizada el 02 de diciembre de 2010.

<http://www.cntv.org.co> Consulta realizada el 03 de junio de 2011.

http://www.infoconsumo.es/ficheros/8/publicidad_subliminal.doc

<http://www.jaeckelmontoya.com>. Consultas realizadas en enero de 2011.

<http://www.m2m.com.co/Legislacion/codigoautorregulacion.asp> Consulta realizada el 07 de octubre de 2011.

<http://www.sic.gov.co>

<http://www.secretariasenado.gov.co>