



Radicación: 76001-23-31-000-2011-01266-02 (26923)  
Demandante: COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA  
FALLO

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN CUARTA**

**CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA**

**Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil veintitrés (2023)**

**Referencia:** MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicación:** 76001-23-31-000-2011-01266-02 (26923)  
**Demandante:** COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA  
**Demandado:** DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-  
**Temas:** Declaraciones de importación años 2007 y 2008. Valoración de aduanas. Método de valor de transacción. Regalías.

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 9 de diciembre de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión, que accedió a las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia apelada dispuso lo siguiente<sup>1</sup>:

**“PRIMERO: DECLARAR** la nulidad parcial de la Resolución No. 1-88-241-06.40-0088 del 24 de diciembre de 2010 mediante la cual se expide Liquidación Oficial de Revisión y la Resolución No. 10069 del 18 de abril de 2011 por la cual se resuelve el recurso de reconsideración y se confirma la Liquidación Oficial, respecto de las 87 declaraciones de importación cuestionadas y presentadas por Colgate Palmolive Compañía en las (sic) cual importó materias prima entre octubre del 2007 a noviembre del 2008.

**SEGUNDO: DECLARAR**, a título de restablecimiento del derecho, la firmeza de las 87 declaraciones de importación cuestionadas y presentadas por Colgate Palmolive Compañía en las cual (sic) importó materias primas entre octubre del 2007 a noviembre de 2008.

**TERCERO: ORDENAR** a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN-** reintegrar a la Sociedad accionante Colgate Palmolive Compañía las sumas de dinero pagadas por concepto de tributos aduaneros, sanciones e intereses liquidados con ocasión de las 87 declaraciones de importación que fueron declaradas en firme. La suma será indexada entre la fecha del pago y la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Y a partir de la ejecutoria del fallo generará intereses de conformidad con el C.C.A. [...]”

<sup>1</sup> Índice 2 de la plataforma SAMAI



Radicación: 76001-23-31-000-2011-01266-02 (26923)  
Demandante: COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA  
FALLO

## ANTECEDENTES

Entre los años 2007 y 2008 la demandante realizó 130 importaciones de materia prima, para elaborar productos con la marca Colgate<sup>2</sup>.

El 24 de diciembre de 2010 la DIAN expidió la Liquidación Oficial de Revisión de Valor 1-88-241-06.40-0088 de las declaraciones de importación enunciadas en la que determino un valor de arancel de \$75.519.000, IVA de \$115.008.000, sanción por infracción aduanera de \$321.641.000, para un total a pagar de \$512.168.000<sup>3</sup>.

El 20 de enero de 2011 la actora presento recurso de reconsideración, por medio del cual se opuso a la liquidación oficial enunciada. Sin embargo, el 18 de abril de 2011 la DIAN expidió la Resolución 10069 en la que confirmó en su totalidad el acto recurrido.

## DEMANDA

COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo -CCA-, formuló las siguientes pretensiones<sup>4</sup>:

*“Primera: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1-88-241-06.40-0088 del 24 de diciembre de 2010, proferida por La Nación – Unidad Administrativa Especial- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Seccional Aduanas de Cali- División de Gestión de Liquidación, por medio de la cual se profirió Liquidación Oficial de Revisión de Valor, en lo referente a las declaraciones de importación que a continuación de indican:*

<b>Número de autoadhesivo de la Declaración de Importación</b>	<b>Fecha de presentación</b>
23075012106596	05-10-2007
07749270016598	13-10-2007
09022150561846	16-10-2007
23030013952314	16-10-2007
23024012164883	22-10-2007
23073012194714	23-10-2007
13253010925710	23-10-2007
07820310000274	24-10-2007
01186051749975	27-10-2007
07842270835685	30-10-2007
07085280296112	30-10-2007
07842270835653	30-10-2007
07735260032868	2-11-2007
09019110898476	19-11-2007
23027012365799	23-11-2007
23027012368478	29-11-2007
09022030829626	03-12-2007
09019121059026	03-12-2007
07085270520202	04-12-2007
23075012116970	10-12-2007
23030014048171	11-12-2007

<sup>2</sup> Índice 2 de la plataforma Samai, Anexos

<sup>3</sup> *Ibidem*

<sup>4</sup> *Ibidem*



Radicación: 76001-23-31-000-2011-01266-02 (26923)  
Demandante: COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA  
FALLO

23027012372918	17-12-2007
23030014059853	17-12-2007
09022030832347	21-12-2007
23027012375541	04-01-2008
07060270218990	08-01-2008
09013011133887	15-01-2008
23027012388864	08-02-2008
09013031065281	20-02-2008
09013031065297	20-02-2008
23027012394581	27-02-2008
23030014179214	06-03-2008
01186051855432	12-03-2008
01186051859071	18-03-2008
23027012406438	31-03-2008
07749290003840	04-04-2008
23830014014576	10-04-2008
23073012237223	17-20-2008
23030014247675	18-04-2008
01186051890501	02-05-2008
09013011150494	07-05-2008
23027012425177	21-05-2008
23027012425263	21-05-2008
09022010650164	29-05-2008
07825260152597	03-06-2008
09004061297801	03-06-2008
23030014328684	09-06-2008
01186051925021	12-06-2008
09013011158001	13-06-2008
14308040598951	19-06-2008
07825270143602	20-06-2008
23027012440175	01-07-2008
23830014131978	05-07-2008
23831013043188	08-07-2008
07825330013441	12-07-2008
23030014391592	15-07-2008
14308040609858	19-07-2008
23830014159055	21-07-2008
07060260166059	05-08-2008
09013021060017	06-08-2008
01186051977131	09-08-2008
01186051978161	11-08-2008
07085320009297	11-08-2008
09004061310248	12-08-2008
23030014448457	19-08-2008
01186051984914	20-08-2008
23830014192239	23-08-2008
23830014197018	28-08-2008
23030014487781	10-09-2008
23027012463638	11-09-2008
23830014216370	12-09-2008
23830014216388	12-09-2008
23019012213111	18-09-2008
14308020754151	25-09-2008
07735260056630	03-10-2008

3

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57) 601-350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)

Señor ciudadano este documento fue firmado electrónicamente. Para comprobar su validez e integridad lo puede hacer a través de la siguiente dirección electrónica: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8086/Vistas/documentos/validador.aspx>



SC 5780-6



Radicación: 76001-23-31-000-2011-01266-02 (26923)  
Demandante: COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA  
FALLO

23831013203533	11-10-2008
07735260057811	17-10-2008
01186052036650	17-10-2008
07085280376361	25-10-2008
01186052044935	29-10-2008
23027012475718	01-11-2008
07825280093638	01-11-2008
23027012475922	04-11-2008
07085280379593	05-11-2008
01186052057681	13-11-2008
01186052057697	13-11-2008
07735280011503	25-11-2008

**Segunda:** Que, se declare la nulidad la (sic) Resolución No.10069 del 18 de abril de 2011, proferida por La Nación – Unidad Administrativa Especial- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos, por medio de la cual se resolvió recurso de reconsideración presentado por mi mandante, y se confirmó en todas sus partes la Resolución No. 1-88-241-06.40-0088 de 2010.

**Tercera:** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se realicen los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare que las declaraciones de importación identificadas con los autoadhesivos que seguidamente se indican se ajustan a derecho. (Transcribió la tabla previa) [...]
2. Que se abstenga de cobrar la suma de doscientos setenta y tres millones doscientos diecinueve y (sic) mil trescientos treinta y tres pesos M/Cte (COP\$273.219.333), equivalentes al valor liquidado por la DIAN por concepto de tributos aduaneros adeudados y sanciones, en la Resolución No. 1-88-241-06.40-0088 del 24 de diciembre de 2010, en relación con las 87 declaraciones de importación sobre las cuales versa la controversia.
3. Que ordene a la DIAN la devolución de doscientos cuarenta y ocho millones ochocientos cincuenta y seis mil pesos M/Cte (COP\$ 248.856.000), pagados por COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA el pasado 22 de junio de 2011 mediante el Recibo Oficial de Pago de Tributos Aduaneros número 690800228737-8, debidamente indexada y con los intereses a que haya lugar.

Al respecto se aclara que la suma cancelada es diferente a la liquidada en la Resolución No. 1-88-241-06.40-0088 del 24 de diciembre de 2010 (COP\$273.219.333) puesto que Colgate se acogió al beneficio otorgado por el artículo 48 de la Ley 1430 de 2010, lo que le permitió reducir el valor a pagar a la suma de COP\$248.856.000”

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Artículo 29 de la Constitución Política.
- Artículos 1.1, 8 numeral 1 literal c), 8 párrafo 3 (y su nota interpretativa) del Acuerdo sobre Valoración de la Organización Mundial del Comercio -OMC-.

4

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57) 601-350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)



Radicación: 76001-23-31-000-2011-01266-02 (26923)

Demandante: COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA  
FALLO

- Artículos 3, 4 y 22 de la Decisión 571 de la Comisión de la Comunidad Andina.
- Artículos 4, 5 y 26 de la Resolución 846 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.
- Ley 170 de 1994.
- Artículos 247 y 259 del Decreto 2685 de 1999.
- Artículo 174 de la Resolución 4240 de 2000.
- Artículos 4 y 6 del Decreto 2680 de 2009

El concepto de la violación se sintetiza así<sup>5</sup>:

Alegó que los actos demandados se encuentran viciados por falsa motivación, porque no existió relación entre el pago de las regalías y la materia prima importada para que procediera el ajuste del valor en aduanas realizado por la DIAN. Lo anterior, debido a que la importación fue de sabores, fragancias y mangos para cepillos de dientes, los cuales fueron transformados en crema dental, limpiadores líquidos, lava platos y cepillos de dientes, y sobre estos últimos fue que se pactaron las regalías con Colgate Palmolive Company.

Explicó que la materia prima importada fue objeto de un proceso productivo sustancial, que tiene como resultado un bien completamente diferente, de acuerdo con los artículos 4 y 6 del Decreto 2680 de 2009, en el sentido que los bienes importados pierden su identidad en el proceso de importación. Además, desde vía gubernativa se solicitó prueba de inspección de productos, la cual no se realizó por lo que se violó el principio al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Aclaró que el pago de regalías no condiciona la venta de la mercancía que se importa, debido a que el contrato que se tiene entre la demandante y Colgate Palmolive Company establece que el contrato se puede terminar por incumplimiento, pero no determina ninguna condición entre las partes referente a las materias primas importadas.

Señaló que en la liquidación realizada por las DIAN en los actos demandados existen errores de metodología al desconocer el rezago generado por la rotación de inventarios, y por incorporar ventas facturadas en periodos por fuera del investigado.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **DIAN** se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos<sup>6</sup>:

Enunció las pruebas y las normas aplicables al presente caso y concluyó que se cumplió con el Estatuto Aduanero, con el fin de determinar el valor de las mercancías importadas en los actos demandados.

Señaló que existió un contrato entre la casa matriz y la subordinada en el que se estableció el pago del 5% a título de regalías por la venta de productos licenciados, por lo que existe una relación entre los derechos de licencia y las mercancías importadas. En consecuencia, advirtió que las regalías son una condición de venta, por lo que el ajuste del valor de aduanas era procedente.

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> Índice 2 de la plataforma SAMAI.



Aclaró que la venta de los productos importados se encuentra relacionado con el uso de la marca, por lo que el pago de regalías exigido es necesario para la determinación del valor de aduanas.

### SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión, accedió a las pretensiones de la demanda. Las razones de la decisión se resumen así<sup>7</sup>:

Explicó que de acuerdo con el método de valor de transacción establecido en el artículo 8 del Acuerdo de Valoración de Aduanas de la OMC al precio de las mercancías importadas debe añadirse los cánones y derechos de licencias relacionado con las mercancías, que el comprador deba pagar directa o indirectamente como condición de venta.

Señaló que de acuerdo con el contrato de regalías entre Colgate Palmolive Company y Colgate Palmolive Compañía la empresa que se encuentra en Colombia se encuentra obligada al pago de regalías por el uso de la marca Colgate, por lo que no es relevante el uso de la materia prima importada.

Advirtió que a título de restablecimiento del derecho se debe devolver el valor pagado de las 87 declaraciones de importación a la actora indexado, de acuerdo con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **demandada** apeló con fundamento en los siguientes argumentos<sup>8</sup>:

Alegó que la conclusión del Tribunal es errada, debido a que en el expediente existe prueba de que los productos importados fueron vendidos de la matriz a la sucursal.

Aclaró que el contrato en el que se establece el pago obligatorio de regalías recae sobre los productos importados, por lo que debe incluirse su valor en la declaración de aduanas. Lo anterior, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 26 de la resolución 846 de 2004, el artículo 8 del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, el artículo 1 del Acuerdo de Valoración Aduanera de la OMC y el artículo 174 de la Resolución 4240 de 2000.

Señaló que se encuentra probado, que entre la casa matriz y la demandante existe vinculación económica, ya que hacen parte del mismo grupo empresarial, de acuerdo con el artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 15 del Acuerdo de Valoración de la OMC. En consecuencia, fue procedente la infracción aduanera del artículo 499 del Estatuto de Aduanas.

<sup>7</sup> Índice 2 de la plataforma SAMAI

<sup>8</sup> *Ibidem*



Radicación: 76001-23-31-000-2011-01266-02 (26923)  
Demandante: COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA  
FALLO

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** reiteró de forma sucinta lo expuesto en el escrito de demanda<sup>9</sup>.

La **demandada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y la apelación<sup>10</sup>.

El **Ministerio Público** representado por el procurador quinto delegado ante el Consejo de Estado, manifestó lo siguiente<sup>11</sup>:

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, debido a que de acuerdo con el contrato de regalías y el dictamen pericial que se encuentra en el expediente el pago de importación se hizo sobre la materia prima importada, pero la empresa colombiana debía pagar regalías sin importar que la materia prima fuera nacional o extranjera, por lo que en realidad las regalías por utilizar la marca no afectan los bienes importados.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación, se debe establecer si las 87 importaciones realizadas por la demandante entre los años 2007 y 2008 deben aumentar su valor en aduanas, por el contrato de regalías firmado entre la demandante y su casa matriz.

Se aclara que la Resolución 1-88-241-06.40-0088 del 24 de diciembre de 2010 mediante la cual se expidió Liquidación Oficial de Revisión y la Resolución 10069 del 18 de abril de 2011 por la cual se resuelve el recurso de reconsideración determinaron el valor de arancel, impuesto al valor agregado y sanción por infracción aduanera en materia de valoración de mercancías por 130 importaciones, que realizó la demandante entre los años 2007 y 2008. Sin embargo, el presente caso solo recae sobre 87 importaciones que se vienen discutiendo desde primera instancia<sup>12</sup>.

La demandada alegó, que es procedente el reajuste realizado en los actos demandados del valor de aduanas, debido a que existe un contrato en el que se pactó el pago de regalías entre la demandante y su casa matriz, lo cual tiene como efecto el incremento del valor de las mercancías importadas.

Con el fin de determinar el valor de aduanas de los productos importados al país el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 -GATT 1994- de la Organización Mundial del Comercio -OMC- establece diferentes métodos de **e**valuación de las mercancías. Sin embargo, en los actos demandados y de acuerdo con lo explicado por la actora se debe aplicar en el presente caso el “*método de valor de transacción*”.

En cuanto a la a la valoración aduanera del método mencionado el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT 1994 en su parte primera artículos 1 y 8 establece lo siguiente:

<sup>9</sup> Índice 24 de la plataforma Samai

<sup>10</sup> Índice 22 de la plataforma Samai

<sup>11</sup> Índice 26 de la plataforma Samai

<sup>12</sup> Índice 2 de la plataforma Samai.



*“Artículo 1.*

*1. El valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, siempre que concurren las siguientes circunstancias: [...]*

*Artículo 8*

*1. Para determinar el valor en aduana de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, se añadirán al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas: [...]*

*c) los cánones y derechos de licencia relacionados con las mercancías objeto de valoración que el comprador tenga que pagar directa o indirectamente como condición de venta de dichas mercancías, en la medida en que los mencionados cánones y derechos no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar; [...]*” (Subraya la Sala)

De acuerdo con la norma transcrita, el valor de las regalías de las mercancías importadas debe incorporarse al valor aduanero al ser parte de la condición de la venta.

En relación con la condición de venta la Comunidad Andina de Naciones en el numeral 1 del artículo 11 de la Resolución 846 de 2004, ordena lo siguiente:

*“1. A efectos de la valoración aduanera, se entenderá como condiciones aquellas exigencias contractuales impuestas por el vendedor referidas al precio o a la venta de las mercancías importadas. Cuando las condiciones no puedan cuantificarse, es decir, que no pueda determinarse en qué medida se han reflejado en el precio negociado, se rechazará el valor de transacción [...]*

*El valor de la condición, cuando se conozca y esté relacionado con las mercancías importadas, forma parte del precio realmente pagado o por pagar y no conduce al rechazo del valor de transacción. [...]*”

Se advierte, que de acuerdo con la norma transcrita la condición debe recaer sobre la mercancía importada y afectar de forma directa el precio de venta, para que se considere su incorporación en el valor de las mercancías.

Ahora, con el fin de determinar si en una situación similar al presente caso existe una condición que restrinja la venta de los bienes importados, el artículo 259 del Decreto 2685 de 1999 – Estatuto Aduanero- ordenaba que las normas de valor que estuvieran en dicho estatuto se debían aplicar en concordancia con “*lo establecido en el Acuerdo y las Decisiones Andinas 378 y 379 de la Comisión del Acuerdo Cartagena. Igualmente podrán tomarse para su interpretación y aplicación las Opiniones Consultivas, Comentarios, Notas Explicativas, Estudios de Casos y Estudios del Comité Técnico de Valoración de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), así como las Decisiones del Comité de Valoración en Aduana y demás textos emanados de los Comités citados*”



En este sentido, la Opinión Consultiva 4.5 del Comité Técnico de Valoración Aduanera de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), explicaba lo siguiente<sup>13</sup>:

*“1. El fabricante extranjero M es propietario de una marca comercial protegida en el país de importación. El importador I fabrica y vende bajo la marca comercial de M seis tipos de cosméticos. I debe pagar a M un canon que representa un 5% de su volumen de venta anual bruto de cosméticos con la marca comercial M. Todos los cosméticos se fabrican según la fórmula de M a base de ingredientes obtenidos en el país de importación, salvo uno para el cual M vende, normalmente, los ingredientes esenciales. ¿Qué trato ha de aplicarse al canon, habida cuenta de los ingredientes importados?”*

*2. El Comité de Valoración en Aduana expresó la opinión siguiente:*

*El canon debe pagarse a M tanto si I utiliza los ingredientes de M como si utiliza los suministrados por proveedores locales; por lo tanto, el canon no constituye una condición de venta de las mercancías y, a efectos de valoración, no puede añadirse de conformidad con el artículo 8.1 c) al precio realmente pagado o por pagar.”* (Subraya la Sala)

En consideración de la opinión del mencionado comité, no existe condición de venta si el canon o regalía se paga a una empresa propietaria de una marca en el exterior por parte de un importador de productos al país, cuando no es relevante si los productos finales objeto del contrato utilizan como materia prima los bienes suministrados por la empresa dueña de la marca o un tercero.

En el presente caso, no se discute que las importaciones fueron de materia prima fundamental para productos de higiene, como saborizantes, mangos de cepillos de dientes y fragancias. Sin embargo, la discusión de la adición de valor de aduanas de los productos importados recae sobre el contrato de regalías entre la empresa Colgate Palmolive Company y la demandante en el cual se estipuló lo siguiente<sup>14</sup>:

*“4. Ventas Netas: significa todas las ventas brutas de productos licenciados facturados por parte del Usuario al Comercio menos cualquier impuesto sobre las ventas y devoluciones.*

*9. en consideración de los derechos que se le otorgan al USUARIO mediante el presente contrato, el Usuarios deberá:*

*a) Pagar a Colgate un cinco 5% de regalía sobre sus ventas netas totales, de los productos objeto de licencia.*

*b) Pagar tales costos y regalías, con el objeto de mantener, preservar y proteger todas las patentes, registros de diseños y marcas de COLGATE en el territorio y deberá de la misma forma pagar todos los honorarios, costos y gastos relacionados con las solicitudes, renovaciones, procesos de infracciones marcarias y similares. [...]*

*10. a) los pagos de las regalías se realizarán trimestralmente en o antes del último día del mes siguiente del trimestre al cual pertenece el pago. [...]*

<sup>13</sup> Las opiniones consultivas del Comité Técnico de Valoración Aduanera de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) se han aplicado en casos como la sentencia de 15 de mayo de 2014. Sección Primera del Consejo de Estado. Exp. 17001-23-31-000-2012-00025-01. C.P. María Elizabeth García González

<sup>14</sup> Índice 2 de la plataforma Samai



Radicación: 76001-23-31-000-2011-01266-02 (26923)

Demandante: COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA  
FALLO

*c) el usuario deberá presentar a COLGATE con todas las remisiones de regalías, un reporte estipulando el valor total de las ventas netas que el USUARIO realizó durante el mes anterior y el monto de las regalías a pagar [...]*

De acuerdo con la cláusula transcrita, no existe una condición de venta, para que los productos terminados se deban fabricar con la materia prima comprada a Colgate Palmolive Company, y se evidencia que no recae sobre las materias primas importadas, sino sobre los bienes terminados con la mencionada marca. Además, se advierte que el valor de las regalías no puede determinarse en el momento de entrada de los bienes al territorio nacional, ya que se requiere el valor neto de las ventas de cada trimestre.

En consecuencia, el valor de aduanas de los productos importados no debe incluir el valor de las regalías al no existir un condicionamiento de venta<sup>15</sup>.

En cuanto a el artículo 26 de la resolución 846 de 2004, el artículo 8 del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, el artículo 1 del Acuerdo de Valoración Aduanera de la OMC y el artículo 174 de la Resolución 4240 de 2000 determinan que el valor de aduanas debe incluir el valor de regalías, pero en el presente caso como se explicó previamente no recaen sobre las materias primas, sino sobre el producto terminado, y no existe condición de ventas de mercancía.

En este orden de ideas, el valor de las regalías no debía incorporarse al valor de aduanas de los productos importados, ya que dicho canon no generaba una condición de venta, recaía sobre bienes finales y no podía ser calculado sin certeza de la venta de productos. Además, el hecho de que exista vinculación económica entre Colgate Palmolive Company y la actora no afectaba el valor de aduanas de los productos importados.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

## FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 9 de diciembre de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha

<sup>15</sup> Sentencia del 7 de diciembre de 2022. Sección Cuarta del Consejo de Estado. Exp. 26383. C.P. Milton Chaves García.



Radicación: 76001-23-31-000-2011-01266-02 (26923)  
Demandante: COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA  
FALLO

*(Firmado electrónicamente)*  
**MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO**  
Presidenta

*(Firmado electrónicamente)*  
**STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

*(Firmado electrónicamente)*  
**MILTON CHAVES GARCÍA**

*(Firmado electrónicamente)*  
**WILSON RAMOS GIRÓN**





## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 24 de abril de 2017

**Proceso:** 192-IP-2016

**Asunto:** Interpretación Prejudicial

**Consultante:** Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia

**Expediente interno del Consultante:** 2012-00255

**Referencia:** Ajuste al valor por importación de insumos para la fabricación de productos

**Magistrada Ponente:** Cecilia Luisa Ayllón Quinteros

### VISTOS

El Oficio 1564 de 2 de mayo de 2016, recibido vía correo electrónico el 3 de mayo de 2016, mediante el cual la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia, solicita Interpretación Prejudicial de los artículos 3, 4, 5, 22 y 26 de la Decisión 571 de la Comisión de la Comunidad Andina, a fin de resolver el Proceso interno 2012-00255.

El Auto de 17 de febrero de 2017, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente Interpretación Prejudicial.

### A. ANTECEDENTES

#### 1. Partes en el proceso interno

**Demandante:** COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA

**Demandada:** DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)  
**Litisconsorte:** COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

## 2. Hechos relevantes

- 2.1. El 2 de julio de 2009, la Subdirección de Gestión de Fiscalización Internacional de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante, DIAN) remitió con oficio 052797 a la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, la lista de sociedades que registraron en su contabilidad operaciones de egreso por concepto de regalías a sus vinculados en el exterior, entre los cuales se encontraba COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA (en adelante, COLGATE).
- 2.2. El 12 de octubre de 2010, mediante Oficio 00881, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, solicitó a COLGATE la información correspondiente a las operaciones de comercio exterior referente a los años 2009 y 2010.
- 2.3. El 26 de octubre de 2010, mediante Auto 0136-3077 se comisionó a funcionarios de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Cali, con el fin de practicar la diligencia de control y verificación de obligaciones aduaneras en las instalaciones de COLGATE.
- 2.4. El 26 de octubre de 2010, mediante Oficio 00013505, COLGATE solicitó prórroga para adjuntar la información solicitada mediante Oficio 00881.
- 2.5. El 19 de noviembre de 2010, mediante Radicado 00014575 COLGATE dio respuesta al requerimiento entregando la siguiente información:
  - a) Estudio de precios de transferencia del año 2009.
  - b) Lista de materias primas importadas de vinculación económica que se incorporan a los productos licenciados para el año 2009 hasta septiembre de 2010.
  - c) Determinación de la participación de las materias primas, establecidas en el literal anterior, sobre el costo de producción, establecido este costo de absorción total.
  - d) Cálculo de las liquidaciones de regalías del año 2009 hasta septiembre de 2010, de forma mensual, discriminando los rubros que participan en dicho cálculo.
  - e) Lista de precios de venta de los productos licenciados que incorporan materia prima de vinculados económicos, entendiéndose como

- precio de venta, el resultado de ventas facturadas dividido por el número de caja vendidas.
- f) Determinación de las ventas netas de cada producto licenciado.
  - g) Información estadística que permite determinar el porcentaje de los productos licenciados manufacturados.
  - h) Contabilización en auxiliares a nivel 8 de las declaraciones de importación de las materias primas importadas de vinculados económicos que se incorporan a los productos licenciados para el periodo comprendido entre el año 2009 hasta septiembre de 2010.
  - i) Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio.
  - j) Consulta en internet de COLGATE.
- 2.6. El 21 de diciembre de 2011, mediante Auto de Apertura 134-1711, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, dio inicio al proceso VG-2009-2011-1711 para la investigación de la liquidación oficial de valor en contra de COLGATE.
- 2.7. El 30 de diciembre de 2011, la Dirección de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cali, emitió Requerimiento Especial Aduanero 1-88-238-419-2011-04-35-048 proponiendo Liquidación Oficial de Revisión de Valor a ochenta y un declaraciones de importación de producto terminado presentadas en el año 2009 por la AGENCIA DE ADUANAS AGECOLDEX S.A. a nombre del importador COLGATE.
- 2.8. El 20 de enero de 2010, el importador dio respuesta al Requerimiento Especial Aduanero.
- 2.9. El 16 de marzo de 2012, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Sección de Aduanas, emitió la Resolución 1-88-241-06-40-007 de Cali, que contenía la Liquidación Oficial de Revisión del Valor en contra del importador COLGATE por la suma de trescientos veinte y dos millones novecientos sesenta y dos mil pesos (\$322.962.000).
- 2.10. El 22 de marzo de 2010, el acto administrativo antes enunciado, fue notificado a COLGATE y a la compañía de seguros COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.
- 2.11. El 13 y 16 de abril de 2010, COLGATE y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., respectivamente, interpusieron recursos de Reconsideración en contra de la Resolución 1-88-241-06-40-007.
- 2.12. El 12 de julio de 2012, mediante Resolución 1-00-223, la Subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, confirmó la Resolución 1-88-241-06-40-007.

Handwritten signature and initials in the bottom left corner of the page.

- 2.13. El 3 de septiembre de 2012, COLGATE interpuso Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de las Resoluciones 1-88-241-06-40-007 y 1-00-223-10106.
- 2.14. El 11 de septiembre de 2012, mediante Auto Interlocutorio 244, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, admitió a trámite la demanda.
- 2.15. El 22 de octubre de 2012, COLGATE presentó reforma a la demanda.
- 2.16. El 14 de diciembre de 2012, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, admitió la reforma de la demanda.
- 2.17. El 12 de marzo de 2013, COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., compareció como coadyuvante dentro del proceso seguido.
- 2.18. El 22 de marzo de 2013, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, presentó escrito de contestación a la demanda.
- 2.19. El 12 de agosto de 2013, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, emitió sentencia mediante Acta 007, resolvió declarar la nulidad de las Resoluciones 1-88-241-06-40-007 y 1-00-223-10106 y declarar que COLGATE no debe ajustar el precio pagado por las mercancías objeto de la valoración por la DIAN en los actos administrativos acusados.
- 2.20. El 23 de agosto de 2013, la DIAN presentó Recurso de Apelación en contra de la Sentencia dictada mediante Acta 007.
- 2.21. Mediante Auto de 1 de octubre de 2014, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decidió suspender el proceso interno y solicitar Interpretación Prejudicial a este Tribunal.

### **3. Argumentos de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por parte de COLGATE**

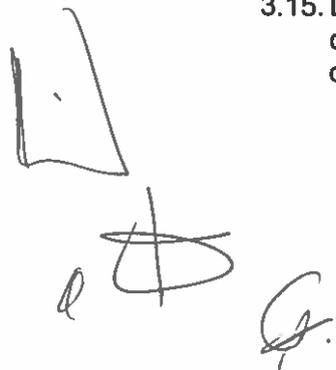
- 3.1. El 1 de enero de 1997, COLGATE y COLGATE PALMOLIVE COMPANY, celebraron un Contrato de Licencia, en cuya cláusula novena se pactó que la primera pagaría a la segunda "(...) el cinco (5%) de regalía sobre sus ventas netas totales, de los productos objeto de licencia".
- 3.2. En la cláusula tercera se estableció que los productos autorizados son: *"todos los productos desarrollados a partir de las invenciones, registros de diseño, patentes, marcas registradas, nombres comerciales y empaques distintos y know how de COLGATE y todos los productos*

*fabricados utilizando el proceso o aparato que sea objeto de cualquiera de las Invenciones, Registros de Diseño, Patentes y know how de COLGATE, que sean vendidos por el usuario en el territorio después de la fecha de entrada en vigor de este acuerdo".*

- 3.3. COLGATE importó de empresas vinculadas distintas al licenciante, diferentes materias primas dentro de las cuales están, sabores, fragancias y mangos para cepillos de dientes, las cuales integran un proceso productivo para transformarlas en los bienes finales objeto del contrato de regalías, tales como cremas dentales, limpiadores líquidos, cremas lavaplatos y cepillos dentales.
- 3.4. El 30 de diciembre de 2011, la DIAN, emitió el Requerimiento Especial Aduanero 1-88-238-419-2011-04-35-048 para que se formule la propuesta de liquidación oficial de revisión de valor para ochenta y un declaraciones de importación presentadas durante el periodo comprendido entre el 7 de enero y el 23 de diciembre de 2009.
- 3.5. Los actos acusados imponen a COLGATE la obligación de pagar la suma de trescientos veinte y dos millones novecientos sesenta y dos mil pesos, por concepto de ajuste al valor en aduanas y las respectivas sanciones, en relación con ochenta y un declaraciones de importación, con fundamento en lo dispuesto en el Acuerdo sobre Valoración de la OMC, la Decisión 571 y la Resolución 846 de la Secretaría de la Comunidad Andina, respecto de la valoración en aduanas y, en particular, sobre el método de valor de transacción.
- 3.6. La Autoridad Aduanera incurrió en error de derecho, al interpretar las normas referidas, toda vez que es cierto que según el método de valor de transacción, el valor en aduana será el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas, al cual deben añadirse, entre otros, los cánones y derechos de licencia relacionados con la mercadería objeto de valoración y que deban pagarse como condición de venta de las mismas, y no puede perderse de vista que un canon o derecho de licencia sólo puede sumarse al valor de transacción, si cumple con los siguientes requisitos:
  - a) Está relacionado con la mercancía que se valora.
  - b) Constituye una condición de venta de la mercancía.
  - c) Puede determinarse con base en datos objetivos y cuantificables.
  - d) No está incluido en el precio realmente pagado o por pagar.
- 3.7. Los derechos de licencia derivados del Contrato de Regalías celebrado entre COLGATE y COLGATE PALMOLIVE COMPANY no reúnen los requisitos a los que hacen alusión las normas sobre valoración en aduana y, por consiguiente, no era jurídicamente viable exigir el ajuste

del valor de transacción de las mercancías importadas, como erróneamente lo concluyó la DIAN en los actos que se impugnan.

- 3.8. El valor en aduanas de los sabores, perfumes y mangos para cepillos dentales importados por COLGATE y correspondientes a las declaraciones de importación relacionadas en las resoluciones, debía calcularse siguiendo el método de valor de transacción, en consideración de que se cumplían los requisitos contenidos en el Acuerdo de Valor de la OMC y el Reglamento Comunitario de la Decisión 571.
- 3.9. La DIAN considera que COLGATE debió adicionar el valor en aduanas de las mercancías importadas, el valor de las regalías que debe pagar a COLGATE PALMOLIVE COMPANY por las ventas netas totales en Colombia, de los productos autorizados, es decir, aquellos (i) desarrollados a partir de inventos, diseños registrados, patentes, marcas, nombres comerciales, empaques y know-how o (ii) fabricados utilizando procesos o aparatos protegidos por cualquier invento, diseño registrado, patente o know-how de propiedad de COLGATE PALMOLIVE COMPANY.
- 3.10. La DIAN pasó por alto lo contenido en el Artículo 26 numeral 2do del Reglamento Comunitario de la Decisión 571.
- 3.11. COLGATE importó sabores, fragancias y mangos para cepillos de dientes, materias primas que fueron sometidas a un proceso de transformación sustancial para obtener limpiadores líquidos, lavaplatos, cepillos de dientes y cremas dentales, es decir, productos finales que COLGATE vende en Colombia.
- 3.12. Se debe diferenciar las materias primas importadas por COLGATE que sirven de insumos para los procesos productivos de otros bienes finales que se venden en el país y generan el pago de los derechos de licencia pactados en el contrato de regalías.
- 3.13. La Autoridad Aduanera confunde los bienes finales materia de la licencia, con los insumos que se importan para producirlos.
- 3.14. La materia prima que COLGATE importó de Brasil, Venezuela, China y México, hicieron parte de un proceso productivo sustancial de tal magnitud que perdieron su identidad original y se transformaron en bienes finales distintos y que reúnen las características para ser considerados como "productos autorizados" según lo acordado en el Contrato de Regalías suscrito por COLGATE.
- 3.15. Licenciante y licenciatario acordaron que el pago de las regalías se causaría por las ventas netas de los bienes finales desarrollados a partir de inventos, diseños, marcas, empaques, nombres comerciales y know-



how o fabricados utilizando procesos o aparatos protegidos por derechos de propiedad industrial.

- 3.16. Es claro que COLGATE debía pagar regalías por la venta de bienes finales desarrollados a partir de inventos, patentes y demás derechos de propiedad industrial taxativamente señalados en el contrato de regalías, y no por la importación de las materias primas.
- 3.17. La DIAN afirma que a pesar de que la materia prima objeto de valoración no se vende en Colombia, hay lugar a ajustar su valor, toda vez que de acuerdo con el Artículo 26 numeral 3 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571: i) Las materias primas importadas no están relacionadas en forma directa con el pago de regalías, pues no son bienes autorizados; ii) A las materias primas objeto de valoración (mercancía importada) no se les incorporaron componentes sino por el contrario, fueron ellas las que se incorporaron a un proceso productivo en el que perdieron su identidad.
- 3.18. En ninguna cláusula del contrato de regalías se establece que la materia prima importada constituya un producto autorizado sobre el que deban pagarse regalías, o que la importación de materia prima y su posterior incorporación a un proceso productivo para la producción de un bien autorizado, de lugar o esté relacionada con el referido pago.
- 3.19. COLGATE pudo comprar la mercancía a proveedores en el extranjero, sin la necesidad de pagar regalía alguna, por lo que desde ningún punto de vista puede argüirse que tal pago era condición de venta de los sabores, fragancias y mangos de cepillos importados.
- 3.20. COLGATE debe pagar regalías por la venta de productos en Colombia, independientemente de si para su elaboración se utilizaron materias primas nacionales o importadas, por lo que el mencionado pago no está relacionado ni es condición de venta de las mercancías que se importan.

#### **4. Argumentos de la reforma a la demanda de nulidad presentada por COLGATE**

- 4.1. Se solicitó que se cambien las expresiones "productos autorizados", "bienes autorizados", "bienes finales autorizados" y "productos finales autorizados" que aparecen en los acápite V y VII, por las expresiones "productos licenciados", "bienes licenciados" y "productos finales licenciados".
- 4.2. En el capítulo 2.1.2. que enuncia: "Que el pago de regalías, constituya una condición de venta de la mercancía importada", se modificará el siguiente párrafo:

Handwritten signature and initials in the bottom left corner of the page.

"Para controvertir los argumentos expuestos por la DIAN en las resoluciones acusadas, es menester traer a colación lo dispuesto en la cláusula 12 del Contrato de Licencia, acerca del incumplimiento de las obligaciones allí pactadas:

(...) Si el USUARIO no paga las Regalías o no observa los estándares especificados por COLGATE o de cualquier manera infringe los términos de este Acuerdo, COLGATE podrá dar por terminado este Acuerdo inmediatamente, mediante notificación escrita al USUARIO", quedando el siguiente texto:

"(...) Si el USUARIO no paga las regalías establecidas mediante este contrato y no observa los estándares exigidos por COLGATE o viola de cualquier manera los términos de este acuerdo, COLGATE puede dar por terminado este contrato en forma inmediata mediante notificación escrita dirigida al USUARIO, (...)"

- 4.3. En el capítulo 2.1.1. titulado "Las regalías o derechos de licencia no están relacionadas con las materias primas que fueron importadas", numeral "iv) La incorporación de las materias primas importadas al proceso productivo del que resultan los bienes finales autorizados, no da lugar al pago de regalías", y se modifica por el siguiente:

"En efecto, no puede perderse de vista que el carácter de licenciado de un producto, depende de que a dicho bien se incorporen derechos de propiedad industrial descritos en el Contrato de Regalías, o de que se fabrique utilizando procesos o maquinaria protegidos por propiedad industrial. Así las cosas, la condición de licenciado de un producto que se vende en Colombia (y que, por ende, da lugar al pago de regalías), es independiente de la importación de materias primas para su fabricación o producción y por ello es indiferente para efectos del pago, si el bien final se elaboró con materias primas nacionales o extranjeras", quedando el texto de la siguiente manera:

- 4.4. "Así las cosas, la condición de licenciado de un producto que se vende en Colombia (y que, por ende, da lugar al pago de regalía), es independiente de la importación de materias primas para su fabricación o producción".
- 4.5. Se agregaron pruebas al escrito y se integraron los textos antes citados al escrito de reforma de la demanda con el nuevo documento final con las modificaciones.

**5. Contestación a la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por parte de la DIAN**

- 5.1. No existe falta de motivación de la Resolución impugnada, ya que el importador y el apoderado de la misma, han tenido toda la oportunidad de participar en cada una de las instancias procesales.
- 5.2. La Administración Aduanera consideró pertinente corregir las declaraciones de importación de COLGATE e imponer las sanciones pertinentes, de acuerdo con la legislación aduanera.
- 5.3. Bajo ningún concepto la autoridad ha desconocido que la materia prima no puede ser vendida en Colombia, tal como lo afirma la accionante, ya que lo que reclama es el concepto por producto terminado.
- 5.4. COLGATE y COLGATE PALMOLIVE COMPANY tiene vinculación con la casa matriz y los proveedores ya que son empresas subsidiarias de COLGATE PALMOLIVE COMPANY, relación que se acredita en el proceso con el certificado de existencia y representación legal.
- 5.5. De acuerdo con el Artículo 8 del Acuerdo de Valoración Aduanera, el pago del canon y derechos de licencia por los productos importados, distribuidos y vendidos en el territorio por COLGATE PALMOLIVE COMPANY es una condición de venta de los mismos.

**6. Argumentos del tercero coadyuvante COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**

- 6.1. La DIAN interpretó de manera equivocada las normas al haber ordenado la afectación de la Póliza de Seguro que expidieron a favor de COLGATE, ya que no se constituyó el supuesto incumplimiento, siendo por tanto una violación al debido proceso.
- 6.2. El valor de aduana de los productos importados por COLGATE, debía calcularse siguiendo el método de valor de transacción, ya que se cumplían todos los presupuestos exigidos para ello.
- 6.3. Los productos autorizados y vendidos en Colombia son diferentes a las materias primas importadas.
- 6.4. El Artículo 8 del Acuerdo de Valoración Aduanera enuncia que se deben añadir al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas los cánones y derechos de licencia relacionados con las mercancías objeto de valoración que el comprador deba pagar directa o indirectamente como condición de venta de dichas mercancías, siempre y cuando los cánones y derechos no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar.

Handwritten signature and initials in the bottom left corner of the page.

- 6.5. El Artículo 26 numeral 2 del Reglamento Comunitario de la Decisión 571 dispone que el canon o el derecho de licencia sólo se sumará al precio realmente pagado o por pagar, si ese pago cumple con los siguientes presupuestos:
- a) Está relacionado con la mercancía que se valora.
  - b) Constituye una condición de venta de la mercancía.
  - c) Puede determinarse con base en datos objetivos y cuantificables.
  - d) No está incluido en el precio realmente pagado o por pagar.
- 6.6. El valor de las materias primas importadas por COLGATE no debe ajustarse al valor de los derechos de licencia derivados del contrato de regalías celebrado con COLGATE PALMOLIVE COMPANY, al no cumplirse con ninguno de los requisitos antes enunciados.
- 6.7. COLGATE acordó pagar a COLGATE PALMOLIVE COMPANY las regalías sobre las ventas netas totales de los productos objeto de licencia, es decir, sobre aquellos bienes desarrollados a partir de invenciones, registros de diseño, patentes, marcas registradas, nombres comerciales, know how, de la licenciante, y todos los productos fabricados utilizando un proceso o aparato que sea objeto de cualquiera de las invenciones, diseños, patentes y know how que sean vendidos por el usuario en Colombia.
- 6.8. COLGATE importó sabores, fragancias y mangos para cepillos de dientes, materias primas sometidas a un proceso de transformación sustancial para obtener limpiadores líquidos, lavaplatos, cepillos de dientes y cremas dentales, es decir, productos finales que se venden en Colombia, con características físicas químicas y usos distintos a los materiales importados.
- 6.9. Se violó el debido proceso, ya que COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. no fue notificada del requerimiento especial aduanero, lo que no le permitió intervenir dentro del procedimiento administrativo para poder ejercer su derecho a la defensa.
- 6.10. La Administración Aduanera ordenó la efectivización de la Póliza de cumplimiento al dictar la Resolución 1-88-241-06.40-007 de 16 de marzo de 2012, y no es viable hacer efectiva una póliza por un perjuicio que no se ha configurado, omitiéndose las pruebas aportadas.
- 6.11. La conducta del afianzado no generó ningún perjuicio a la DIAN, por lo que existe falsa motivación del acto administrativo.
- 6.12. La obligación de las aseguradoras nace cuando se cumple la condición pactada, que es la realización del riesgo asegurado o siniestro, es decir,

que el evento en cuestión efectivamente esté previsto y siempre y cuando no se configure una exclusión de amparo y otra causa convencional o legal que las exonere de responsabilidad, por tanto la eventual obligación indemnizatoria está supeditada al contenido de la póliza, es decir a sus diversas condiciones, al amparo de la definición contractual de su alcance o extensión, de acuerdo con los límites asegurados para cada riesgo cubierto.

- 6.13. COLGATE no debe pagar ningún valor por concepto de los actos impugnados, por lo que se debe dejar sin efecto los actos administrativos demandados y se debe condenar a la DIAN a la devolución del dinero que haya cancelado la afianzada a la demanda, disponiendo que tal reintegro se haga previa actualización o indexación de las cantidades pagadas.

## **7. Fundamentos de la sentencia de primera instancia**

- 7.1. Los productos importados por COLGATE no están relacionados con la mercancía que se valora, ya que si bien es cierto los sabores, fragancias y mangos para cepillos están incorporados en productos de la marca COLGATE, el canon o derecho de licencia solo es pagado sobre la base de la venta de estos últimos.
- 7.2. El pago del canon o derecho de licencia no es una condición para la venta de los productos COLGATE, sino para la fabricación de los mismos.
- 7.3. Las compañías COLGATE y COLGATE COMPANY no pactaron el pago de licencia sobre la mercancía importada, tampoco podría cobrarse una vez finalizado el proceso de fabricación, por estar mezclados e incluidos en los productos finales.
- 7.4. Al no cumplirse con ninguno de los requisitos no es procedente ajustar el pago realizado por COLGATE sobre la mercancía importada.

## **8. Argumentos del recurso de apelación por parte de la DIAN**

- 8.1. Los productos que importó COLGATE no se relacionan con la mercancía que se valora, ya que, si bien los sabores, fragancias y mangos para cepillos se incorporan a los productos de la marca COLGATE, el canon o derecho de licencia solo es pagado en base a la venta de estos últimos.
- 8.2. No se considera el pago del canon o derecho de licencia como una condición de venta de los productos COLGATE, sino para la fabricación de los mismos.
- 8.3. COLGATE y COLGATE PALMOLIVE COMPANY no acordaron el pago de licencia sobre la mercancía importada, y que tampoco podría

cobrarse una vez finalizado el proceso de fabricación, al estar mezclado e incluidos en los productos finales.

- 8.4. No es pertinente ajustar el pago realizado por COLGATE a la mercancía importada.
- 8.5. El problema jurídico radica en si COLGATE debe ajustar el valor pagado en aduana a la DIAN, por las materias primas importadas para la fabricación de productos con la marca COLGATE en Colombia, relacionando el ajuste de valor en aduanas por concepto de regalías, cuando en el contrato de licencia que las partes pactaron que el pago de éstas no es una condición de venta de acuerdo con lo determinado en la Cláusula 5.4., mientras que en la Cláusula 5.5. el licenciante puede renunciar a esta condición, y en consecuencia determinar si procede o no la liquidación oficial de revisión del valor.
- 8.6. COLGATE y COLGATE PALMOLIVE COMPANY suscribieron un contrato de regalías, estipulándose por productos bajo licencia, son aquellos que incorporen los inventos, diseños registrados, patentes, marcas, nombres comerciales, empaques y know how que se fabriquen utilizando procesos o maquinaria protegidos por cualquier invento, diseño registrado, patente o know how de titularidad de COLGATE.
- 8.7. COLGATE tiene vinculación con la casa matriz COLGATE PALMOLIVE COMPANY, la cual se justifica con el certificado de existencia legal de la sociedad que se investiga.
- 8.8. COLGATE se comprometió a cancelar a COLGATE PALMOLIVE COMPANY el 5% de regalías sobre sus ventas netas totales respecto de los productos objeto de licencia, entendiéndose como ventas netas, todas aquellas ventas brutas de productos licenciados y facturados por el usuario en el comercio.
- 8.9. Existe una venta en Colombia de productos bajo licencia.
- 8.10. Si bien el canon de la licencia no se lo cancela directamente al vendedor, debe ir como un ajuste de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 8.1. del Acuerdo de Valoración Aduanera, por lo que, no importa que el canon se genere para la casa matriz, los pagos por el derecho de utilizar la marca, están relacionados con las mercancías objeto de valoración, y el importe de los pagos debe agregarse al realmente pagado o por pagar.
- 8.11. El acto administrativo no afectó el valor que debe cancelar el importador a su proveedor por las mercancías que importa.

Handwritten signature and initials in the bottom left corner of the page.

8.12. El ajuste que se realizó constituye parte de la base imponible para liquidar los tributos aduaneros, sin que ello constituya la imposición de una obligación adicional del pago al vendedor.

## B. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. La Corte consultante solicita la Interpretación Prejudicial de los artículos 3, 4, 5, 22 y 26 de la Decisión 571 de la Comisión de la Comunidad Andina<sup>1</sup>.

### <sup>1</sup> Decisión 571 de la Comisión de la Comunidad Andina

**“Artículo 3. Métodos para determinar el valor en aduana.** De conformidad con lo establecido por el Acuerdo sobre Valoración de la OMC, los métodos para determinar el valor en aduana o base imponible para la percepción de los derechos e impuestos a la importación, son los siguientes:

- |                   |   |   |
|-------------------|---|---|
| 1. Primer Método  | : | Valor de Transacción de las mercancías importadas |
| 2. Segundo Método | : | Valor de Transacción de mercancías idénticas      |
| 3. Tercer Método  | : | Valor de Transacción de mercancías similares      |
| 4. Cuarto Método  | : | Método del Valor Deductivo                        |
| 5. Quinto Método  | : | Método del Valor Reconstruido                     |
| 6. Sexto Método   | : | Método del “Último Recurso”                       |

**Artículo 4. Orden de aplicación de los métodos.** Según lo dispuesto en la Nota General del Anexo I del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, los métodos señalados en el artículo anterior deben aplicarse en el orden allí indicado.

El valor de transacción de las mercancías importadas es la primera base para la determinación del valor en aduana y su aplicación debe privilegiarse siempre que se cumplan los requisitos para ello.

El orden de aplicación de los métodos señalados en los numerales 4 y 5 del artículo anterior puede ser invertido, si lo solicita el importador y así lo acepta la Administración Aduanera.

**Artículo 5. Aplicación del artículo 5.2 del Acuerdo sobre valoración de la OMC.** Cuando las mercancías importadas u otras mercancías importadas idénticas o similares no se vendan en el país de importación en el mismo estado en el que se importaron, el método previsto en el numeral 4 del artículo 3 de esta Decisión se aplicará de conformidad con lo señalado en el artículo 5.2 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, lo solicite o no el importador, teniendo en cuenta las disposiciones de la Nota Interpretativa al artículo 5 del Acuerdo citado.

(...)

**Artículo 22. Instrumentos de aplicación.** Para la interpretación y aplicación de las normas de valor contenidas en el Acuerdo sobre Valoración de la OMC, desarrollado en la presente Decisión y en su reglamento, se tomarán en cuenta las Decisiones del Comité de Valoración en Aduana de la Organización Mundial del Comercio, así como las Opiniones Consultivas, Comentarios, Notas Explicativas, Estudios de Casos y Estudios del Comité Técnico de Valoración de la Organización Mundial de Aduanas.

(...)

**Artículo 26. Asistencia mutua y cooperación.** Las autoridades aduaneras de los Países Miembros se prestarán asistencia mutua y cooperación de acuerdo con lo que al efecto disponga la normativa comunitaria.

La asistencia y cooperación así prevista, debe conducir al más amplio intercambio de información, incluida la contenida en los bancos de datos constituidos según el artículo anterior, en forma periódica y actualizada, así como al intercambio de toda clase de datos o documentos requeridos para llevar a cabo los estudios o investigaciones de valor.



2. Se interpretarán únicamente los artículos 3 y 4 de la Decisión 571, el resto de normas no se interpretarán, en consideración a que no son aplicables al caso concreto por no ser materia controvertida.
3. De oficio<sup>2</sup> se analizarán los artículos 18 literal c) y 26 de la Resolución 846 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Artículo 8 literal

---

De conformidad con la Declaración Ministerial y con el párrafo 8.3 de la Decisión Ministerial sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación, ambas adoptadas durante la IV Conferencia Ministerial de la OMC efectuada en noviembre de 2001 en Doha, cuando una administración de aduanas de un País Miembro importador tenga motivos razonables para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado, podrá pedir asistencia a la administración de aduanas del País Miembro exportador con respecto al valor de la mercancía de que se trate. En tales casos, el País Miembro exportador deberá ofrecer su cooperación y asistencia, en la medida de lo compatible con esta Decisión y con sus leyes y procedimientos nacionales, incluido el suministro de información sobre el valor de exportación de la mercancía en cuestión, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC.”

<sup>2</sup> **Resolución 846 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.**

**“Artículo 18. Adiciones al precio realmente pagado o por pagar.**

1. Para determinar el valor en aduana por el Método del Valor de Transacción, se sumarán al precio efectivamente pagado o por pagar por las mercancías importadas, todos los elementos relacionados a continuación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC:

(...)

- c) Los cánones y derechos de licencia relacionados con las mercancías objeto de valoración que el comprador tenga que pagar directa o indirectamente como condición de venta de dichas mercancías, en la medida en que los mencionados cánones y derechos no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar;

(...)

**Artículo 26. Cánones y derechos de licencia.**

1. Los “cánones y derechos de licencia” se refieren en general a los pagos por los derechos de propiedad intelectual necesarios para:
  - a) Producir o vender un producto o una mercancía con el uso o la incorporación de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos, modelos y conocimientos técnicos de fabricación, procedimientos de fabricación, o cualquier otro derecho de propiedad industrial contemplado en la Decisión 486, o en las que la sustituyan o modifiquen.
  - b) Utilizar, fabricar o revender un producto o una mercancía con el uso de derecho de autor o derechos conexos contemplados en la Decisión 351 o en las que la sustituyan o modifiquen.
  - c) Producir o vender un producto o una mercancía con el uso de derechos de obtentores de variedades vegetales contemplados en la Decisión 345 o en las que la sustituyan o modifiquen.
  - d) Producir o vender un producto o una mercancía con el uso de derechos de acceso a recursos genéticos contemplados en la Decisión 391 o en las que la sustituyan o modifiquen.
2. El canon o el derecho de licencia sólo se sumará al precio realmente pagado o por pagar, si ese pago:



- a) está relacionado con la mercancía que se valora.
- b) constituye una condición de venta de dicha mercancía, y
- c) se basa en datos objetivos y cuantificables.
- d) no está incluido en el precio realmente pagado o por pagar

Cuando el comprador pague un canon o un derecho de licencia a un tercero, la condición de que esté relacionado con la mercancía que se valora y que constituya una condición de venta de dicha mercancía, sólo se considerará cumplida, si el vendedor, o una persona vinculada al mismo, exige al comprador que efectúe dicho pago.

A tales efectos se considerará que la condición de venta no necesariamente debe estar prevista de manera expresa en un contrato, sino que esta pueda probarse con los elementos de hecho de las operaciones comerciales.

Cuando el método de cálculo del importe de un canon o de un derecho de licencia se refiera al precio de la mercancía importada, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el pago de dicho canon o derecho de licencia está relacionado con la mercancía que se valora.

3. Cuando el canon o el derecho de licencia guarde relación no solamente con la mercancía importada, sino también con otros componentes, tales como, bienes o servicios incorporados a las mercancías, después de su importación, el ajuste del precio realmente pagado o por pagar por la mercancía importada, sólo se podrá efectuar haciendo un reparto adecuado sobre la base de datos objetivos y cuantificables, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 3 de la Nota Interpretativa al artículo 8 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y lo indicado en el artículo 60 de este Reglamento.
4. El ajuste por cánones y derechos de licencia, se aplicará cualquiera que sea el país de residencia del beneficiario del pago, tanto en el Territorio Aduanero Comunitario como fuera de él.
5. Cuando en el momento de la importación se desconozca el monto exacto de los cánones y derechos de licencia, debido a que se determinan bajo la forma de un porcentaje calculado sobre el precio de reventa de la mercancía importada, el ajuste podrá hacerse indicándolo en la Declaración Andina del Valor, mediante la estimación de un importe provisional en esta misma declaración, pero advirtiendo tal circunstancia. En este último caso se procederá conforme a lo estipulado en la Resolución que adopta la Declaración Andina del Valor.
6. Los pagos que efectúe el comprador por los derechos de distribución o reventa de las mercancías importadas, no se añadirán al precio pagado o por pagar, siempre que dichos pagos no constituyan una condición de la venta de las mercancías para su exportación al Territorio Aduanero Comunitario donde se importen esas mercancías. En ningún caso se añadirán los derechos de reproducción de dichas mercancías en el país de importación."

**Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.**

**"Artículo 8**

1. Para determinar el valor en aduana de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, se añadirán al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas:

(...)

- c) los cánones y derechos de licencia relacionados con las mercancías objeto de valoración que el comprador tenga que pagar directa o indirectamente como condición de venta de dichas mercancías, en la medida en que los mencionados cánones y derechos no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar;

(...)"

c) del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el Artículo 30 del Reglamento para la Valoración de Mercancías, según el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC, para analizar si los insumos o materias primas son o no parte del valor a pagar en aduana.

### C. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Los métodos de valoración en aduanas. Su orden de aplicación en casos en que la administración de aduanas tenga motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado.
2. Importación de insumos para la fabricación local de productos con licencia de uso de marca y venta en el país de productos fabricados localmente.

### D. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. **Los métodos de valoración en aduanas. Su orden de aplicación en casos en que la administración de aduanas tenga motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado.**
  - 1.1. En consideración a que el Consultante solicita la interpretación de los artículos relacionados con los métodos de valoración aduanera y el orden de su aplicación, se analizará este tema.
  - 1.2. Este Tribunal considera pertinente señalar los principios generales de la valoración aduanera, en plena vigencia y que fueron tomados en cuenta

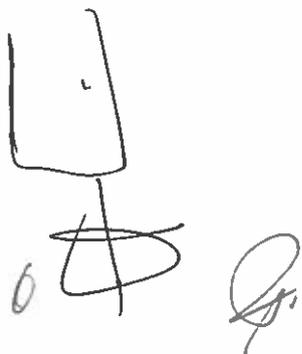
---

#### Reglamento para la Valoración de Mercancías según el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC

"Artículo 30.- Cuando deba añadirse al precio realmente pagado o por pagar, los cánones y derechos de licencia a que se refiere el Artículo 8° numeral 1 ° literal c) del Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC, se procederá, según el caso, conforme al procedimiento siguiente:

- a) **Producto importado terminado:** se prorrateará el importe total de cánones y derechos de licencia pagado o por pagar por el producto importado terminado, entre las declaraciones de importación que amparan el total de la referida mercancía, en función al valor FOB declarado.
- b) **Insumo importado:** se prorrateará la parte proporcional del importe total de cánones y derechos de licencia pagado o por pagar por el insumo importado, entre las declaraciones de importación que amparan el total del referido Insumo, en función al valor FOB declarado.

Para efecto de lo dispuesto en los literales precedentes, entiéndase que el producto importado terminado o el insumo importado por los que se efectuó el pago de cánones y/o derechos de licencia, pueden haber sido nacionalizados con declaraciones de importación tramitadas en el período en que se realiza el o los pagos adicionales, o en un período anterior. El período referido anteriormente es anual".



en las normas y procedimientos desarrollados en el Acuerdo sobre Valoración de la OMC<sup>3</sup>:

- El aforo aduanero debe basarse en el valor real de las mercancías.
- No deben utilizarse valores de mercancías nacionales. No debe computarse ningún impuesto interior aplicable en el país de origen o de exportación exonerado o reembolsado.
- No pueden utilizarse valores arbitrarios o ficticios.
- Se deben tener en cuenta operaciones comerciales normales de libre competencia.
- Para las conversiones monetarias se utilizará el valor corriente de la moneda en las transacciones comerciales.
- Los criterios y métodos para determinar el valor deberán ser constantes y dárseles suficiente publicidad.
- Los comerciantes deben estar en condiciones de calcular el valor en aduana.
- Se excluye toda transacción en la que el comprador y el vendedor no sean independientes uno del otro y en la que el precio no constituya la única consideración.
- La determinación del aforo aduanero o valor en aduana debe ser uniforme<sup>4</sup>.

1.3. Asimismo, el proceso de estimación del valor de un producto en aduana plantea problemas a los importadores que pueden ser tan graves como el derecho real aplicado.

1.4. El Acuerdo de la OMC sobre Valoración en Aduana tiene por objeto establecer un sistema equitativo, uniforme y neutro de valoración en aduana de las mercancías: un sistema que se ajusta a las realidades comerciales y que proscribe la utilización de valores arbitrarios o ficticios. En la Ronda Uruguay se adoptó una decisión ministerial sobre este tema que otorga a las administraciones de aduanas la facultad de solicitar información adicional en los casos en que tengan motivos para dudar de la exactitud del valor declarado de las mercancías importadas. Si, pese a la información adicional que se haya podido facilitar, la administración de aduanas sigue albergando dudas razonables, podrá estimarse que no se puede determinar el valor en aduana de las mercancías importadas sobre la base del valor declarado<sup>5</sup>.

1.5. Así, la valoración en aduana es el procedimiento aduanero aplicado para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas. Si se aplica

<sup>3</sup> Proceso 3-IP-2014

<sup>4</sup> Interpretación Prejudicial Proceso 44-IP-2009, Caso: "Valor en aduana de mercancías". Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1783 de 7 de diciembre de 2009.

<sup>5</sup> [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/agrm9\\_s.htm#rules](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm9_s.htm#rules)



un derecho ad valorem, el valor en aduana es esencial para determinar el derecho pagadero por el producto importado.

- 1.6. Los métodos para determinar el valor en aduana o base imponible para la percepción de los derechos e impuestos a la importación, de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo sobre Valoración en Aduanas de la OMC y lo contenido en la Interpretación Prejudicial 51-IP-2012 son los siguientes:

**Primer Método:** Valor de Transacción de las mercancías importadas (Método principal, artículos 1 y 8 y sus Notas Interpretativas), "se basa en el precio realmente pagado o por pagar por tales mercancías, cuando éstas han sido vendidas para su exportación al país de importación. Así, "en el supuesto que no se pudiera determinar el valor en aduana con arreglo a este criterio principal, el Acuerdo sobre Valoración prevé los otros cinco procedimientos, los que deben aplicarse en el orden jerárquico establecido, con excepción de los métodos 4 y 5, cuyo orden de aplicación puede invertirse a petición del importador y si así lo acepta la Administración Aduanera"<sup>6</sup>.

Según la OMC, "en el Acuerdo se dispone que la valoración en aduana debe basarse, salvo en determinados casos, en el precio real de las mercancías objeto de valoración, que se indica por lo general en la factura. Este precio, más los ajustes correspondientes a determinados elementos enumerados en el artículo, equivale al valor de transacción, que constituye el primer y principal método a que se refiere el Acuerdo"<sup>7</sup>.

Sin embargo, "en los casos en que no exista valor de transacción o en que el valor de transacción no sea aceptable como valor en aduana por haberse distorsionado el precio como consecuencia de ciertas condiciones, el Acuerdo establece otros cinco métodos de valoración en aduana, que habrán de aplicarse en el orden prescrito"<sup>8</sup> (métodos secundarios).

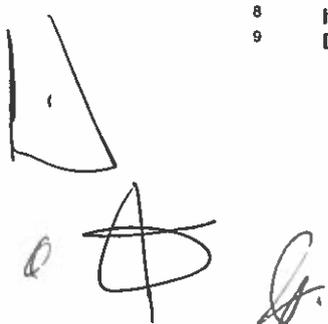
**Segundo Método:** Valor de Transacción de mercancías idénticas. (Artículo 2 y su Nota Interpretativa). Si no se pudiese determinar el valor de las mercancías por el primer método, entonces se utilizará este segundo método donde el valor de transacción se calculará de la misma manera, **con respecto a mercancías idénticas**, por lo que han de cumplirse los siguientes criterios<sup>9</sup>:

<sup>6</sup> En: "Valoración Aduanera". Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAN. Asistencia Relativa al Comercio I. Primera edición Julio 2007. AUTORA: Julia Inés Sánchez. Pág. 55.

<sup>7</sup> [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/cusval\\_s/cusval\\_info\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm)

<sup>8</sup> [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/cusval\\_s/cusval\\_info\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm)

<sup>9</sup> Datos tomados de: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/cusval\\_s/cusval\\_info\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm)



- ser iguales en todos los aspectos, incluyendo sus características físicas, calidad y prestigio comercial. Sin embargo, si sólo se tratara de algunas diferencias accesorias, éstas no deberán influir, debiendo considerarse a dichas mercancías como "idénticas";
- haberse producido en el mismo país que las mercancías objeto de valoración; y,
- que las haya producido el productor de las mercancías objeto de valoración.

Al respecto, la OMC ha señalado que "para que pueda aplicarse este método, las mercancías deben haberse vendido al mismo país de importación que las mercancías objeto de valoración. Asimismo, deben haberse exportado en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado".

En este punto, se aceptan algunas excepciones:

- cuando no existan mercancías idénticas producidas por la misma persona en el país de producción de las mercancías objeto de valoración, podrán tenerse en cuenta mercancías idénticas producidas por una persona diferente en el mismo país;
- las pequeñas diferencias de aspecto no impedirán que se consideren como idénticas las mercancías que en todo lo demás se ajustan a la definición.

Cabe señalar que, "se excluyen las mercancías importadas que incluyen trabajos de ingeniería, trabajos artísticos, etc. suministrados por el comprador al productor de las mercancías gratis o a precio reducido, realizados en el país de importación y que no hayan sido objeto de un ajuste".

**Tercer Método:** Valor de Transacción de mercancías similares. (Artículo 3 y su Nota Interpretativa).

El valor de transacción se calcula de la misma manera con respecto a mercancías similares, que han de cumplir con los siguientes criterios<sup>10</sup>:

"(...)

- que sean muy semejantes a las mercancías objeto de valoración en lo que se refiere a su composición y características;

<sup>10</sup> Datos tomados de: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/cusval\\_s/cusval\\_info\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm)

Handwritten marks and signatures at the bottom left of the page, including a large 'L' shape, a circle with a cross, and a signature.

- que puedan cumplir las mismas funciones que las mercancías objeto de valoración y ser comercialmente intercambiables;
- que se hayan producido en el mismo país y por el mismo productor de las mercancías objeto de valoración. Para que pueda aplicarse este método, las mercancías deben haberse vendido al mismo país de importación que las mercancías objeto de valoración. Además, deben haberse exportado en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado.

(...)"

**Cuarto Método:** Método del Valor Deductivo. (Artículo 5 y su Nota Interpretativa).

Cuando no sea posible determinar el valor en aduana sobre la base del valor transacción de las mercancías importadas o de mercancías idénticas o similares, se determinará sobre la base del **precio unitario** al que se venda a un comprador no vinculado con el vendedor la mayor cantidad total de las mercancías importadas, o de otras mercancías importadas que sean idénticas o similares a ellas, en el país de importación. En tal sentido, el comprador y el vendedor en el país importador no deberán estar vinculados y la venta deberá realizarse en el momento de la importación de las mercancías objeto de valoración o en un momento aproximado. Si no se han realizado ventas en el momento de la importación o en un momento aproximado, podrán utilizarse como base las ventas realizadas hasta noventa (90) días después de la importación de las mercancías objeto de valoración<sup>11</sup>.

El precio unitario a que se venda la mayor cantidad total de las mercancías es el precio a que se venda el mayor número de unidades a personas no vinculadas al primer nivel comercial después de la importación al que se efectúen dichas ventas. Para determinar esa mayor cantidad total de mercancías, se reúnen todas las ventas realizadas a un precio dado y se compara la suma de todas las unidades de mercancías vendidas a ese precio con la suma de todas las unidades de mercancías vendidas a cualquier otro precio. El mayor número de unidades vendidas a un precio representa la mayor cantidad total.

**Quinto Método:** Método del Valor Reconstruido. (Artículo 6 y su Nota Interpretativa).

Este es el método más complicado y menos utilizado, ya que el valor en aduana se determina sobre la base del costo de producción de las mercancías objeto de valoración más una cantidad por concepto de

<sup>11</sup> Ibidem.

Handwritten signature and initials in the bottom left corner of the page.

beneficios y gastos generales igual a la reflejada habitualmente en las ventas de mercancías de la misma especie o clase del país de exportación al país de importación, siendo que el valor reconstruido es la suma de los siguientes elementos: Costo de producción = valor de los materiales y de la fabricación<sup>12</sup>.

En tal sentido, se permite al importador invertir el orden, es decir, se puede aplicar primero el método de valor reconstruido con preferencia al deductivo; sin embargo, ello viene condicionado a la aceptación previa de la Administración Aduanera.

**Sexto Método: Método del "Último Recurso".** (Artículo 7 y su Nota Interpretativa).

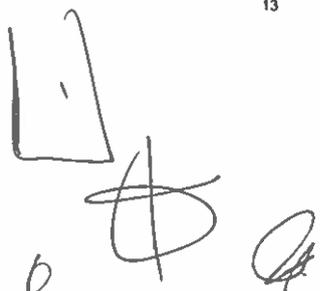
Cuando el valor en aduana no pueda determinarse por ninguno de los métodos citados anteriormente, podrá determinarse según **criterios razonables**, compatibles con los principios y las disposiciones generales del Acuerdo y del artículo VII del GATT de 1994, sobre la base de los datos disponibles en el país de importación. En la mayor medida posible, este método deberá basarse en los valores y métodos determinados anteriormente, con una flexibilidad razonable en su aplicación<sup>13</sup>.

- 1.7. La forma correcta de utilizar cada uno de los métodos secundarios es únicamente cuando ha sido descartado -con razones válidas desde el punto de vista técnico y legal- el método del Valor de Transacción de las mercancías importadas. Así, la aplicación de los métodos es según su orden de presentación, de tal manera que, si se ha aplicado el método del Valor Reconstruido, por ejemplo, es porque existen pruebas de que no fue posible la aplicación de los métodos que le anteceden. Por lo tanto, sólo se llega al método de "último recurso" cuando ninguno de los anteriores pudo utilizarse. Sin embargo, es el segundo método más empleado luego del valor de transacción.
- 1.8. Al respecto, el Acuerdo impide cualquier tipo de arbitrariedad, por lo que se da la posibilidad al importador de indagar con la Administración de Aduanas la forma y el método con el cual se le determinó el valor en aduana de las mercancías importadas. Asimismo, en la determinación del valor en aduana de una mercancía importada, prima el método del Valor de Transacción o método principal sobre los demás métodos conocidos como secundarios, por lo que el importador/comprador de la mercancía debe estar en condiciones de determinar por sí mismo, su valor en aduana.

---

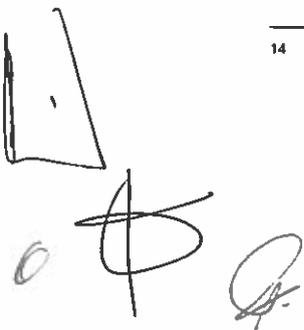
<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/cusval\\_s/cusval\\_info\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/cusval_s/cusval_info_s.htm)



- 1.9. Sin embargo, cabe resaltar que no deben utilizarse criterios de valoración que dependan de valores en aduana mínimos, ni tampoco de valores arbitrarios o ficticios. Así, el valor en aduana determinado según el método del "Último Recurso", no se basará en: valores en aduana mínimos, ni en valores arbitrarios o ficticios. Sería, en efecto, arbitrario valorar por ejemplo en base a precios de mercancías producidas en el país de importación, a precios internos del país exportador.
- 1.10. Los valores arbitrarios o ficticios se dan cuando no existe soporte documental alguno y que no han podido ser fehacientemente probados por la autoridad aduanera<sup>14</sup>.
- 1.11. Al respecto debe quedar claro que en los casos en los que se deba definir el valor de transacción de las mercancías siempre tendrá que privilegiarse la aplicación del primero de los métodos, conocido también como el método principal, si este método no resulta aplicable se deben utilizar los siguientes métodos en el orden que aparecen.
- 1.12. Conforme lo señala la OMC, la valoración en aduana debe basarse, con marcadas excepciones, en el precio real de las mercancías objeto de valoración, que se indica por lo general en la factura, el cual se entiende como el primer método a utilizarse por las autoridades.
- 1.13. En cuanto a aquellos casos donde no exista un valor por determinar o éste no sea aceptable, deben aplicarse los otros cinco métodos restantes de valoración.
- 1.14. En aplicación al caso que nos ocupa, es decir, importación de insumos para la fabricación local de productos con licencia de uso de marca y venta en el país de productos fabricados localmente, debemos hacer expresa relación a lo enunciado en el artículo 8 del Acuerdo de Valoración Aduanera de la OMC, lo cual se analizará en un acápite aparte.
- 2. Importación de insumos para la fabricación local de productos con licencia de uso de marca y venta en el país de productos fabricados localmente**
  - 2.1. En consideración a que en el proceso interno se discute si COLGATE debe ajustar el valor pagado en aduana a la DIAN, por las materias primas importadas para la fabricación de productos con la marca COLGATE en Colombia, relacionando el ajuste de valor en aduanas por concepto de regalías, se analizará este tema.
  - 2.2. El Artículo 8 del Acuerdo de Valoración Aduanera de la OMC dispone que:

<sup>14</sup> Luis Miguel Bajo Antón, *El despacho aduanero*, FC Editorial, Madrid, 2000, p. 167.



*"Para determinar el valor en aduana de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, se añadirán al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas:*

*(...)*

- c) los cánones y **derechos de licencia** relacionados con las mercancías objeto de valoración que el comprador tenga que pagar directa o indirectamente como condición de venta de dichas mercancías, en la medida en que los mencionados cánones y derechos no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar;" (subrayado y en negrita fuera de texto).*

2.3. Para que la autoridad pueda definir la base imponible en la importación debe considerar la aplicación de la disposición legal ante citada, norma que señala que las regalías, también llamados cánones o derechos de licencia, se consideran como un ajuste al valor de las mercancías importadas y, por lo tanto, a la base imponible de importación, siempre y cuando se configuren los siguientes requisitos:

- a) Que el comprador deba pagar la regalía, directa o indirectamente, como condición de venta para la exportación de las mercancías al país de importación;
- b) Que los derechos de licencia deban estar relacionados con las mercancías objeto de valoración y;
- c) Que los derechos de licencia no se encuentren incluidos en el precio pagado o por pagar de los productos.

2.4. De la disposición antes expuesta, se puede verificar que al precio pagado o por pagar, se le debe agregar los cánones y derechos de licencia que estén relacionados con las mercancías que el comprador deba pagar directa o indirectamente como "condición de venta", siempre y cuando dichos cánones y derechos no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar.

2.5. Aquí se configuran dos condiciones:

- a) Que los cánones y derechos de licencia deben ser cancelados como una condición de venta;
- b) En la medida de que los cánones y derechos no se incluyan en el precio pagado o por pagar.

2.6. Dentro del proceso interno precisamente se discute si el pago de las regalías que debía hacer COLGATE a su proveedor era una "condición

Handwritten signature and initials in the bottom left corner of the page. The signature appears to be 'L.A.' with a large flourish, and there are other initials 'O' and 'G' nearby.

de venta" de acuerdo con el contrato de licencia celebrado entre las compañías.

- 2.7. Para precisamente dilucidar si se cumplen con las dos condiciones del Artículo 8 numeral 1 literal c) del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, a consecuencia del reclamo del administrado, la Autoridad Aduanera debe conferir al administrado el derecho de incorporar los documentos que soporten si los cánones y derechos se derivan de una condición de venta o si en su defecto no lo son.
- 2.8. Por su parte, el Reglamento para la Valoración de mercancía según el acuerdo sobre Valoración en aduana de la OMC, manifiesta que:

*"Artículo 30.- Cuando deba añadirse al precio realmente pagado o por pagar, los cánones y derechos de licencia a que se refiere el Artículo 8° numeral 1 ° literal c) del Acuerdo sobre Valoración en Aduana de la OMC, se procederá, según el caso, conforme al procedimiento siguiente:*

- a) **Producto importado terminado:** *se prorrateará el importe total de cánones y derechos de licencia pagado o por pagar por el producto importado terminado, entre las declaraciones de importación que amparan el total de la referida mercancía, en función al valor FOB declarado.*
- b) **Insumo importado:** *se prorrateará la parte proporcional del importe total de cánones y derechos de licencia pagado o por pagar por el insumo importado, entre las declaraciones de importación que amparan el total del referido Insumo, en función al valor FOB declarado.*

*Para efecto de lo dispuesto en los literales precedentes, entiéndase que el producto importado terminado o el insumo importado por los que se efectuó el pago de cánones y/o derechos de licencia, pueden haber sido nacionalizados con declaraciones de importación tramitadas en el período en que se realiza el o los pagos adicionales, o en un período anterior. El período referido anteriormente es anual". (subrayado y en negrita fuera de texto)."*

- 2.9. El Reglamento de Valoración Aduanera en complemento a lo manifestado en el Artículo 8 literal c) del Acuerdo de Valoración de la OMC, sostiene que, los derechos de licencia se incorporan al valor de las mercancías importadas distinguiendo entre producto terminado importado e insumo importado, repartiéndose el valor del importe del canon y derechos de licencia, dependiendo del caso, para lo cual este

Tribunal considera importante efectuar una diferenciación entre cada uno de ellos.

- 2.10. Si bien la normativa no enuncia un concepto de estas dos clases de mercancías, es necesario que se tenga claro a qué se refiere cada uno de ellos, por lo que podemos enunciar que **un insumo importado** es toda aquella materia prima que ingresa a un país y cuyo destino es la fabricación o producción de otra mercancía, mientras que el **producto terminado importado**, es aquella mercancía que ingresa a un país, la cual ha culminado su proceso de fabricación y está lista para su venta y consumo.
- 2.11. La norma OMC delimita y hace una expresa diferenciación entre producto terminado e insumo para la fabricación, aquí se deberá aplicar para el caso en análisis, si la importación trata expresamente sobre insumo para producir o el producto en sí terminado y en base a ello, verificar el cumplimiento de los tributos que el importador está obligado a cancelar.
- 2.12. La norma es aplicable para la valoración del tributo, cuando al tratarse de cánones o licencias la autoridad verifique que:
- a) estos estén a cargo del comprador de la mercancía,
  - b) si pueden ser identificados a través de datos cuantificables.
- 2.13. Es importante además citar el Comentario 25.1 del Comité Técnico de valoración, publicado el año 2011, en donde específicamente se trata el asunto relacionado con cánones y derechos de licencia abonados a terceros, que sirve de guía para la interpretación y aplicación del artículo 8.1 c) del Acuerdo de Valoración Aduanera en casos en que el derecho de licencia se paga a un tercero licenciante que no está vinculado al vendedor y que en su parte relevante enuncia que:

***“Modo de determinar si un canon o un derecho de licencia está relacionado con las mercancías objeto de valoración***

(...)

6. ***“Las circunstancias más frecuentes en las que es posible considerar que un canon o derecho de licencia está relacionado con las mercancías objeto de valoración se dan cuando las mercancías importadas incorporan la propiedad intelectual y/o se fabrican utilizando la propiedad intelectual incluida en la licencia. Por ejemplo, el hecho de que las mercancías importadas incorporen la marca comercial por la que se paga el canon, indica que el canon está relacionado con dichas mercancías.” (subrayado y negrita fuera de texto)***

- 2.14. Para que se incorpore el tributo a la mercancía importada, debe necesariamente hablarse de un derecho de propiedad intelectual que permita a la autoridad verificar que el producto importado está relacionado con la marca que fue licenciada mediante el contrato celebrado por las partes.
- 2.15. Citamos además la opinión consultiva 4.15 de 3 de junio de 2013, del Comité Técnico de Valoración Aduanera, sobre Cánones y derechos de licencia con arreglo al artículo 8.1(c) del Acuerdo de Valoración Aduanera, que este Tribunal considera importante citar, debido a que en el caso planteado, el importador no sería capaz de comprar los productos importados si no realiza un pago al propietario de la licencia, sin embargo, de esta opinión se desprende que los productos importados no son insumos, sino son productos terminados con marca licenciada, a diferencia del caso en análisis en donde la autoridad hace mención a insumos que no pagaron aranceles.
- 2.16. De igual manera, la opinión Consultiva 4.9 del Comité Técnico de Valoración Aduanera en relación con el tema que nos atañe, si bien trata de insumos importados para fabricar una patente, puede ser aplicaba en analogía en vista de que establece que no procede el ajuste cuando la regalía *"no constituye una condición de la venta para la exportación de las mercancías importadas, sino una condición para fabricar y vender los preparados patentados en el país de importación"*, dejándose en claro que la regalía se cancela por fabricar productos terminados con marca, que a su vez tenían incorporados insumos que habían sido importados sin marca.
- 2.17. Cuando los insumos importados incorporan alguna marca relacionada con la licencia, hablaríamos de bienes que contienen derechos de propiedad intelectual y por lo tanto serían susceptibles de ser gravados, esto en concordancia a lo enunciado por el Comentario 25.1, por el contrario, si los insumos no contienen marca, sino que sufren un procedimiento de producción en el país de importación, podemos concluir que no incorporan derechos de propiedad intelectual al momento de la importación, en aplicación de la opinión consultiva 4.9, por lo que el importador no debería soportar ajuste alguno al valor de importación y finalmente para aquellos casos en que existan insumos importados con marca que son utilizados en parte para la elaboración del producto terminado al combinar producto importado y producto nacional, el ajuste deberá ser proporcional al valor de dichos insumos importados.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente Interpretación Prejudicial para ser aplicada por el Tribunal consultante al resolver el proceso interno **2012-00255**, la que deberá

adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente Interpretación Prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros  
**MAGISTRADA**

Luis Rafael Vergara Quintero  
**MAGISTRADO**

Hernán Romero Zambrano  
**MAGISTRADO**

Hugo Ramiro Gómez Apac  
**MAGISTRADO**

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente Interpretación Prejudicial la Presidenta y el Secretario.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros  
**PRESIDENTA**

Gustavo García Brito  
**SECRETARIO**

Notifíquese al Tribunal consultante y remítase copia de la presente Interpretación Prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 29807 DE 2004  
( 29 NOV. 2004 )

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,  
en ejercicio de sus facultades legales, y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante la Resolución No. 28037 del 12 de noviembre de 2004, esta Entidad objetó la integración proyectada entre las sociedades PROCTER & GAMBLE COLOMBIA LTDA., en adelante P&G COLOMBIA<sup>1</sup>, subordinada de THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, y COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA, en adelante COLGATÉ, subordinada de THE COLGATE PALMOLIVE COMPANY.

**SEGUNDO:** Que mediante escrito radicado bajo número 04074031-35 de fecha 24 de noviembre de 2004, el doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, actuando como apoderado de las sociedades señaladas en el considerando anterior, interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 28037 del 12 de noviembre de 2004.

**TERCERO:** Que el recurso a que se refiere el considerando anterior esta fundamentado en los siguientes términos:

"(...)".

**"I. PETICIONES**

*"De la manera más respetuosa solicito a la SIC lo siguiente:*

*"PETICIÓN PRINCIPAL.- Que en atención a los argumentos y explicaciones contenidos en el presente recurso, proceda a revocar o modificar la Resolución No. 28037 del día 12 de noviembre de 2004, en el sentido de autorizar a P&G COLOMBIA y COLGATE para llevar adelante la operación de integración empresarial informada por medio de los documentos radicados bajo el No. 04074031 00000000 del 30 de julio de 2004, y No. 0074031-29 (sic) del 1 de octubre de 2004.*

*"PETICIÓN SUBSIDIARIA.- Que aún en el evento de que se considere que los argumentos o explicaciones contenidos en este recurso no son suficientes para revocar o modificar la resolución recurrida, la SIC proceda a expresar su autorización o no objeción respecto de la operación identificada en la petición anterior, en atención a los compromisos y condicionamientos que se incluyen en el presente escrito, los cuales resultan idóneos y efectivos para proteger, de manera inmediata, la libre competencia en el mercado.*

<sup>1</sup> De igual forma que en la Resolución 28037 del 12 de noviembre de 2004, cuando se haga referencia a P&G COLOMBIA, debe entenderse como incluida en la afirmación a las sociedades Procter & Gamble Colombia Ltda. y Procter & Gamble Industrial Colombia Ltda., a no ser que se indique lo contrario.

"II. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO.

*"A continuación expondré las razones por las cuales considero que la Resolución recurrida debe ser revocada o modificada.*

*"1. PROTECCION DEL DEBIDO PROCESO*

*"La Resolución 28037 de 2004 se basa tanto en información suministrada por mis poderdantes, como en la que fue aportada por terceros, tales como competidores o clientes.*

*"En numerosos apartes de la Resolución 28037 de 2004, la SIC realiza análisis y apreciaciones y saca conclusiones, con base en la documentación aportada por terceros.*

*"La decisión adoptada por la SIC en la resolución recurrida se basa en información suministrada por terceros que no pudo ser conocida ni estuvo a disposición de las empresas solicitantes, las cuales no pudieron por lo tanto controvertirla ni aportar informaciones o pruebas que la desvirtuaran, lo cual constituye una violación al debido proceso y al derecho de defensa de mis poderdantes.*

*"De conformidad con la Constitución Política, toda persona tiene derecho a la defensa, a presentar pruebas y a controvertir las que se presentan en su contra. La obtención de pruebas en violación del debido proceso tiene como consecuencia la nulidad de las mismas.*

*"Si bien es cierto que la información confidencial que suministren terceros debe ser guardada en cuadernos reservados, en el evento de que dicha información deba servir de sustento para la adopción de conclusiones o decisiones que afectan directamente a las empresas solicitantes, debe ser puesta a disposición de estas (sic), con el objeto de que puedan controvertirla, ya que de lo contrario, se estaría violando el debido proceso.*

*"Así las cosas, es claro que en el presente proceso, la SIC no le dio la oportunidad a mis poderdantes para controvertir las pruebas que fueron allegadas en su contra, o que afectaban directamente sus intereses. Resulta igualmente claro que la SIC tomó su decisión de objetar la integración, con base en dichas pruebas, lo que sin lugar a dudas representa una violación al debido proceso consagrado por la Constitución.*

*"Junto con el presente escrito y como Anexo No.1, se aporta el oficio de la SIC titulado "DESGLOSE INFORMACIÓN RESERVADA", por medio del cual el doctor Santiago Muñoz, Jefe de la División de Promoción de la Competencia de la SIC, ordena abrir cuaderno reservado con los documentos aportados por terceros, los cuales fueron mantenidos en reserva a lo largo del trámite, sin que mis poderdantes pudieran conocerlos o controvertir su contenido, razón por la cual no debería la SIC apoyarse en ellos con el fin de decidir el presente caso.*

*"2. LA INTEGRACION DEBE SER APROBADA EN DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE*

*"Por medio del acto que se impugna, la SIC objetó la operación de integración por concluir que la misma genera una indebida restricción a la libre competencia. El problema es que la SIC llega a tal conclusión porque presume que P&G COLOMBIA, en vista de la posición*

que adquiriría en el mercado, adoptaría eventuales futuros comportamientos abusivos de la posición dominante. Esta presunción de mala fe es contraria a la Constitución Política y a las leyes vigentes en materia civil y comercial, además de que vulnera el derecho fundamental que tienen las empresas al buen nombre, el cual se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Carta.

"Para el caso concreto que nos ocupa, resulta claro que no hay una conducta concreta que juzgar. No hay un acto lesivo. La SIC ha considerado que el acto constituye una amenaza, un peligro. Pero no ha encontrado violación alguna al régimen de competencia.

"Las empresas solicitantes han actuado en el campo de lo permitido, de la autonomía de su conducta y prevén realizar un contrato en ejercicio de su libertad contractual. La SIC juzga los efectos hipotéticos que eventualmente resultarían del contrato.

"Estando ajustada a derecho la actuación de los particulares, la Administración juzga es un resultado hipotético, algo que no se ha dado ni se ha concretado.

"No obstante, aún en el caso de que se presentaran las situaciones contempladas por la SIC, dicha entidad tiene amplias facultades de vigilancia, control y sanción que la Ley le otorga con el fin de salvaguardar el derecho a la libre competencia. Así, la SIC es competente para iniciar investigaciones e imponer sanciones en el evento de que en el futuro se llegue a probar que P&G COLOMBIA abusa de una posición dominante, que en todo caso, en la opinión de las empresas solicitantes, no ostenta.

### **3. LA INTEGRACION DEBE SER AUTORIZADA PORQUE NO PRODUCE UNA INDEBIDA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA**

"En el presente capítulo se presentan a la SIC los argumentos por los cuales la integración cuya autorización se solicita no produce una indebida restricción de la libre competencia.

#### **3.1 EL MERCADO RELEVANTE ES EL DE LOS PRODUCTOS PARA LAVAR ROPA**

"Una de las razones más importantes por las que la SIC objetó la integración es que dentro del mercado relevante de lavado a máquina, segmento definido, calculado y creado por la SIC, P&G COLOMBIA tendría una posición dominante en el mercado. Esto no es cierto como lo comprobamos a continuación.

"El mercado relevante de la presente integración, reconocido como tal por la SIC, es el Mercado de Productos para Lavar Ropa comprendido por los detergentes (Líquido, barra y polvo), y los jabones en barra (jabones de cebo y jabones sintéticos)<sup>1</sup>. Esto está basado en el consumidor mismo, en sus hábitos y percepciones, ya que todos estos productos tienen un mismo propósito: satisfacer las necesidades de los consumidores en el proceso del lavado de la ropa, siendo usados de manera concomitante o de manera exclusiva, o reemplazándose unos con otros. Ahora bien, a pesar de reconocer el mercado relevante antes descrito, la SIC recalculó y redefinió el mercado relevante, determinando que debía segmentarse en dos: lavado a mano y lavado a máquina, enfocándose en este último segmento en razón de su aparente importancia.

<sup>1</sup> Para claridad, se recuerda que en el mercado colombiano se utilizan también detergentes en forma de barras. Así mismo, existen barras de jabones de cebo y otras barras de jabones sintéticos. Para las empresas solicitantes, todos estos productos forman parte del mismo mercado relevante.

### "3.2 LA SIC SEGMENTÓ EL MERCADO USANDO DATOS NO REPRESENTATIVOS"

"El sub-segmento de mercado de lavado a máquina, si bien es importante, es la minoría del mercado colombiano que representa tan sólo el 25,1% de los hogares, y no como lo afirma la SIC, el % de los mismos. La diferencia entre ambas cifras radica en las distintas metodologías de los estudios utilizados. La SIC utilizó los datos del estudio METTA, con una base de 900 encuestas en sólo cuatro ciudades (Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla) que no representa el total del país. Adicionalmente, la metodología de este estudio hace que los datos sean aquellos declarados por los entrevistados, pero no se trata de datos comprobados con revisiones en el hogar. En cualquier estudio, los datos declarados tienen un efecto de sobreestimación. En este caso los consumidores tienden a informar que tienen lavadora, cuando en realidad no la tienen. Esta situación fue advertida a los funcionarios de la SIC encargados del análisis de la información tanto en el documento radicado el día 1 de octubre, como en la reunión de revisión de información sostenida con funcionarios de la SIC. Por otro lado, el Departamento Nacional de Estadística - DANE, condujo en el 2003 una 'Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2003', con una muestra representativa de 24.090 entrevistas en todo el país y donde las respuestas son comprobadas en el hogar. Esta encuesta, contenida en el Anexo No.2, indica que a nivel nacional sólo un 25,1% de los hogares tiene lavadora, siendo un 32,0% en las cabeceras y sólo 3,7% en el resto de las poblaciones. De hecho, estos resultados son consistentes con la segmentación de la población por nivel socio-económico, donde los estratos 1 al 3 representan el 83.6% de la población. Estos grupos poblacionales que representan los quintiles de menor ingreso tienen una muy baja penetración de lavadoras como se puede observar en la encuesta de calidad de vida que se incluye como Anexo No. 6. Por lo tanto, es el estudio del DANE el que debe tenerse en cuenta para determinar la importancia del segmento de lavado a máquina, lo cual deja sin piso por completo la argumentación de la SIC para objetar esta integración.

### "3.3 USO SIMULTÁNEO DE DETERGENTES Y JABÓN EN BARRA EN EL LAVADO DE LA ROPA"

"Dentro de los hábitos de lavado de los consumidores colombianos es claro que la barra es utilizada por la gran mayoría de la población, incluyendo a aquellos consumidores que lavan sólo en lavadora, lo cual desvirtúa(sic) nuevamente el recálculo que hizo la SIC para determinar las participaciones en el mercado de lavado a máquina, segmento en el que consideraron que no se utiliza la barra. De hecho, los consumidores Colombianos aplican tres procesos básicos: el remojo, el restregado y el lavado en sí. Estos procesos son los mismos independientemente del método de lavado que use: lavado a mano, lavado a máquina o lavado mixto usando ambos métodos. En la ejecución de los diferentes métodos de lavado, los consumidores utilizan tanto detergente como jabón de barra, tanto en el lavado mixto donde el 54% de los consumidores utilizan la barra como en el lavado en maquina(sic) donde el 33% de los consumidores utiliza barra<sup>2</sup>. Esto cambia de manera importante el cálculo de las participaciones por Compañía que realizó la SIC para determinar la posición dominante de P&G COLOMBIA dentro del 'segmento de lavado a máquina', segmento además minoritario del mercado como ya se comprobó.

<sup>2</sup> Fuente: Estudio METTA CIMA RESEARCH

"El estudio de imagen de detergentes<sup>3</sup> del 2004, arroja que el 0% de los hogares que utilizan lavadora usan activamente la barra de jabón, como complemento o sustituto del detergente en polvo en el proceso de lavado. Adicionalmente, el estudio señala el uso intensivo de la barra en los dos segmentos de mercado con un promedio de 1 barras a la semana en aquellos hogares que utilizan lavadora frente a 1 barras a la semana en hogares en que se lava a mano.

### **3.4 PRINCIPALES CONCLUSIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE**

"En conclusión, es muy claro que la delimitación del mercado relevante planteado por la SIC como el mercado del lavado a máquina excluye la utilización de las barras de jabón y resulta completamente artificial y contraria a la información del mercado y a los hábitos del consumidor colombiano. Como se puede ver en las cifras del DANE que se aportan, los hogares que cuentan con lavadora automática representan sólo el 25% de la población<sup>4</sup>. Por lo tanto, no sólo no debe segmentarse el mercado de esta forma, sino que tampoco es relevante hablar de una posición dominante de P&G COLOMBIA en este mercado. Así las cosas, no habría restricción indebida de la competencia.

### **3.5 LA INTEGRACION DEBE SER APROBADA PORQUE LA DINÁMICA DEL MERCADO RELEVANTE NO PERMITE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO**

"Como se mencionó en la radicación inicial (Capítulo II, punto 2.1.4) y en la respuesta al requerimiento de información adicional (1.4 d, e, f y g), la relación de competencia entre los diferentes segmentos de detergentes y entre estos(sic) y las barras es dinámica. En resumen, si el precio del detergente de precio alto es demasiado oneroso, el consumidor utilizará detergentes de precio bajo y si el precio de éstos es también alto, el consumidor utilizara(sic) las barras de jabón, lo cual se encuentra demostrado en el estudio SABINES de NIELSEN.

#### **3.5.1 Elasticidad entre las barras y los detergentes en polvo y líquidos**

Cuando la diferencia de precios entre detergentes en polvo y líquidos y jabones de barra crece debido al aumento de precios de los detergentes, el consumidor escoge el producto más barato, con lo cual se incrementa el consumo de los jabones en barra. Los aumentos de precio de las marcas de detergente en polvo superiores al 10% generan una migración de consumo que aumenta los volúmenes de venta del jabón en barra. Es importante notar que este comportamiento de los consumidores es consistente con lo observado en todos los países de Latinoamérica donde hay barras y detergentes.

#### **3.5.2 Elasticidad entre los detergentes de diferentes segmentos de precio**

<sup>3</sup> Fuente: Estudio Colombia Equity Monitor de Invamer - (Estudio de imagen de detergentes Colombia 2004) realizado a 500 amas de casa en las cuatro principales ciudades del país.

<sup>4</sup> Al respecto dice la SIC en la página 6 de la resolución recurrida que '... productos distintos a los detergentes en polvo, como jabones en barra y blanqueadores, son empleados por casi todos los consumidores para la satisfacción de las necesidades de lavado...'

*Existe una estrecha relación entre los detergentes de precio alto y los de precio bajo. En la medida en que se abre la brecha de precio entre las marcas de precio alto y bajo de detergente en polvo, los volúmenes de los detergentes de precio bajo se ven beneficiados.*

*"Esta dinámica se pudo observar en el mercado en octubre del año 2000. Antes de esa fecha, la brecha entre los dos segmentos de precio creció al punto que las marcas premium perdieron gran participación de negocio a favor de la marca 'AS' de DERSA. FAB por ejemplo, perdió aproximadamente 10 puntos de participación a lo largo de cinco años como consecuencia de este efecto. Para recuperar el volumen de mercado perdido en octubre de 2000, como consecuencia de la importante brecha que se había generado entre los precios de las dos clases de detergentes, fue necesario que los fabricantes de los detergentes premium redujeran sus precios en un 30% con el fin de defender sus participaciones de mercado. En esa coyuntura de mercado el gran ganador fue el detergente 'AS' de DERSA, que logró ganar importantes puntos de participación en el mercado a FAB y ARIEL, demostrando que ninguna marca o Compañía puede imponer condiciones de precio en el mercado.*

*"3.5.3 Efectos de la sustituibilidad de los productos sobre los consumidores y la competencia*

*"La dinámica competitiva del Mercado de Productos para Lavar Ropa descrita por las empresas solicitantes, genera una importante presión sobre los fabricantes de detergentes de precio alto, quienes no pueden realizar incrementos deliberados en el precio porque perderían volumen y generarían una migración del consumo hacia los detergentes de precio bajo y las barras. Los consumidores dejarán de comprar las marcas de precio alto de detergentes cuando las perciban costosas y se moverán según la dinámica del mercado presentada anteriormente.*

*"Así, cualquier abuso del precio por parte de las marcas objeto de esta transacción, FAB y LAVOMATIC, beneficiará de inmediato a los competidores, quienes ganarán volumen por efecto de la elasticidad de la demanda de estos productos frente al precio.*

*"Lo anterior resulta lógico, ya que los fabricantes de detergentes Premium venden sus productos tanto a los consumidores que tienen máquina de lavar, como a aquellos que lavan a mano, los cuales, como ya se demostró, son la inmensa mayoría. Es evidente que los fabricantes de detergentes Premium no pueden establecer un precio diferencial (más alto) para las personas que tienen lavadora (que según la SIC no tienen sustitutos disponibles), ya que en ese evento la mayoría de los consumidores (que lavan a mano), se pasarían a otras marcas de detergentes o a las barras, ya que como la propia SIC lo reconoció, en este segmento (el de lavado a mano) existe plena sustituibilidad entre los productos. Lo anterior indica claramente que los fabricantes de detergentes Premium no pueden establecer precios inequitativos para sus productos.*

*"En conclusión, la integración no debe ser objetada porque la dinámica del mercado regula la demanda, moviendo el consumo hacia la mejor relación producto/ precio disponible para el consumidor: hacia barras o hacia los detergentes, no permitiendo una imposición de precios por parte de ninguna Compañía.*

**"3.6 LAS BARRERAS PARA EL INGRESO AL MERCADO HAN SIDO SOBRESTIMADAS POR LA SIC**

"De conformidad con la SIC, para ingresar al mercado de detergentes, el potencial competidor deberá incurrir en cuantiosas inversiones en capacidad instalada, promoción, publicidad y posicionamiento de la marca, además de obtener una participación importante dentro del mercado que le permita poder acceder a los canales de distribución, sobretudo a los supermercados. La SIC a (sic) sobreestimado la magnitud de las barreras de ingreso al mercado como se explica a continuación.

*"3.6.1 La inversión inicial no constituye una barrera de ingreso al mercado de detergentes*

"Según la SIC, la inversión necesaria para montar una planta de detergentes de ton/año ( % de cuota de mercado) es de U.S. \$14'500.000.00 y de ton/año ( % de cuota de mercado) es de U.S. \$9'000.000.00. Sin embargo y de acuerdo con los costos del mercado Colombiano, la inversión inicial para el montaje de una planta de producción de detergentes es mucho menor. Según la cotización de la empresa Vibrasec, que se incluye como Anexo No. 3<sup>5</sup> la construcción de una planta de detergentes totalmente nueva de 40.000 ton/año costaría U.S. \$ 1'593.000.00. Incluso si lo anterior se hiciera con compra de equipos usados, la inversión inicial sería de U.S. \$640.000.00 y si se hiciera con maquiladores externos (que en el país existen al menos 2 con capacidad disponible de 30.000 ton/año), la inversión inicial en capital sería \$0.00.

*"3.6.2 Las inversiones en publicidad no son una barrera de ingreso al mercado*

"Según la SIC, el mercado de detergentes en polvo es un mercado de carácter marquista, en el cual los consumidores profesan un elevado nivel de fidelidad y familiarización hacia las marcas, logrado a través de una alta inversión publicitaria. Se cita como ejemplo a las marcas FAB y ARIEL que son las de mayor participación en el mercado gracias a una alta recordación lograda a través a(sic) una elevada inversión publicitaria. Sin embargo existen ejemplos claros en el mercado Colombiano en donde marcas con baja inversión publicitaria y un bajo nivel de recordación, han logrado una alta participación en el mercado. Así por ejemplo, la marca 'AS' que tiene un nivel de recordación del %, tiene una participación en el mercado cercana al %. Ejemplos similares existen en mercados análogos como son México y Venezuela donde marcas como 'FOCA' y 'LAS LLAVES' respectivamente han alcanzado participaciones significativas con inversión publicitaria muy baja.

*"3.6.3 Canales de distribución*

"La SIC afirma que el hecho de contar con las marcas adquiridas le conferiría a P&G COLOMBIA una gran ventaja frente a sus competidores en las negociaciones con los supermercados. Vale la pena aclarar que en caso de aprobarse la adquisición, los productos que P&G COLOMBIA suministra, pasarían a ser en promedio el 1,4% de las ventas de los supermercados, contra el 1% que representan hoy; en comparación, algunos de estos supermercados representarían para P&G COLOMBIA hasta el 10% de sus ventas. Esto confirma que el poder de negociación no necesariamente estaría en manos de P&G COLOMBIA.

"Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto por el 'ACUERDO UNIFICADO SOBRE BUENAS PRÁCTICAS INDUSTRIALES, COMERCIALES Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR', suscrito el 18 de diciembre de 2003, entre Andí, Fenalco y Acopi, del cual

<sup>5</sup> Se aclara que en términos de la cotización una producción de 3 ton/hora equivale a 23.600 ton/año y 5 ton/hora a 40.000 ton/año.

tiene pleno conocimiento la SIC, P&G COLOMBIA recibirá un trato equitativo que no implicará discriminación en contra de sus competidores y menos aún un abuso de posición dominante si es que esta(sic) se presentase.

"Adicionalmente, la SIC circunscribe el análisis de los canales de distribución al segmento de las cadenas de supermercados, excluyendo por completo a los canales tradicionales y mayoristas que representan el % de las ventas totales de detergentes. Este canal está altamente atomizado en cerca de 200.000 tiendas a nivel país a las cuales se llega directa o indirectamente a través de un sinnúmero de mayoristas y distribuidores. P&G COLOMBIA no tiene influencia alguna sobre estos intermediarios excepto por los nueve (9) distribuidores exclusivos que representan aproximadamente el 1% de los intermediarios disponibles en ese canal.

"Adicionalmente, como consecuencia de la operación de integración cuya autorización se solicita, P&G COLOMBIA no adquirirá una mayor capacidad de distribución de sus productos, ya que COLGATE no le está cediendo su capacidad logística y por el contrario la mantendrá, ya que continuará participando en el mercado con algunas de sus marcas para el lavado y cuidado de la ropa.

"3.6.4 La baja penetración de las importaciones de detergente en polvo no constituye una barrera de ingreso al mercado

"La SIC afirma que los sobrecostos (20% de tarifa arancelaria y 16% de IVA) desincentivan la importación de detergentes en polvo. Si bien es cierto que la posición arancelaria 34.02.20.00.00, que corresponde al detergente en polvo, tiene un arancel de 20%, es necesario aclarar que según el Arancel de Aduanas, hay un número importante de países que cuentan con preferencias arancelarias. Entre estos se encuentran: Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia, que en su condición de miembros de la CAN tienen un arancel del 0%; México, que en su condición de miembro del G-3 tiene un arancel del 0%; Chile, como socio de un convenio bilateral con Colombia tiene un arancel del 0%; los países miembros de CARICOM, tienen un arancel del 0%; los países que suscribieron el ALADI que tienen aranceles que oscilan entre 9.9% y 13.2% (Paraguay tiene 9.9%, Uruguay y Cuba tienen 12%, Brasil y Argentina tienen 13.2%). En el Anexo No.4 se incluye el sustento de estas cifras.

"En el caso de un producto como el detergente en polvo, es precisamente de los países mencionados, los cuales tienen cercanía geográfica con nuestro país, de donde existen mayores posibilidades hacia Colombia.

"En relación con el IVA del 16%, este es un impuesto aplicado por igual a todos los comercializadores de detergente en polvo, independientemente de su origen. Al no discriminar entre comercializadores, este impuesto a las ventas no constituye una barrera a la entrada de un potencial competidor.

"3.7 LA INTEGRACIÓN NO PRODUCE EFECTOS NEGATIVOS EN EL MERCADO

"3.7.1 Concentración de la oferta

"No es cierto que como consecuencia de la integración, P&G COLOMBIA vaya a adquirir capacidad para determinar unilateralmente las condiciones del mercado, incluyendo precios y calidades.

"En el Mercado de Productos para Lavar Ropa existen competidores que sin realizar las mismas inversiones en capacidad instalada o en publicidad, presentan un excelente comportamiento en sus ventas como es el caso de DERSA y UNILEVER ANDINA, entre otros. Así pues, es común encontrar industrias cuyas características las llevan a operar competitivamente en condiciones de alta concentración de la oferta, y donde la amenaza para el consumidor no debe ser el tamaño y número de competidores, sino la posibilidad de que alguno de éstos pueda abusar de su poder de mercado.

"También es importante agregar que los índices de concentración no dicen nada sobre la facilidad de acceso de nuevos competidores al mercado (disputabilidad), las necesidades de desarrollos tecnológicos, el contexto internacional, la disponibilidad de productos/servicios sustitutos, la situación financiera y estructura organizativa de las empresas, sobre el tamaño de los mercados, sobre su comportamiento, sobre el entorno globalizado del sector, de manera que resultan un instrumento demasiado incompleto para la medición de los efectos de una integración empresarial.

"Adicionalmente, es claro que no existe una correlación necesaria entre poder de monopolio y número de empresas. Un mercado sometido a monopolio, en el cual la demanda es absolutamente elástica, dejaría al monopolista sin ningún poder de mercado en la medida en que un incremento de precios puede conducir a que deje de consumirse el producto. En el presente caso, la SIC debe tener en cuenta que, un incremento sostenido de los precios de los detergentes en polvo de P&G COLOMBIA, conllevaría al desplazamiento de los consumidores para adquirir otras marcas de menor precio. En consecuencia, así el mercado de detergentes en polvo llegue a niveles altos de concentración, ello no implica que P&G COLOMBIA pueda imponer las condiciones en materia de precios y oferta.

"Debe tenerse en cuenta que DERSA es una empresa que ha logrado en los últimos años una participación importante del mercado hasta el punto que constituye un competidor que pueda hacer un contrapeso efectivo a P&G COLOMBIA. De otro lado, los supermercados también logran hacer una competencia efectiva, no solo(sic) en precio sino también en la promoción y exhibición de sus productos con marcas privadas.

"El mercado de productos para lavar ropa no se limita a la existencia de P&G COLOMBIA o de COLGATE como lo concluye la SIC, sino que por el contrario, es un mercado que presenta grandes posibilidades para la competencia, ya que en caso contrario, no seguirían existiendo empresas importantes como DERSA, UNILEVER ANDINA, RECKITT BENCKISER u otras menos significativas como PRODUCTOS QUIMICOS S.A., PROCESADORA DE DETERGENTES LA TORRE S.A. MARCHEN, FABRICA DE JABONES Y DETERGENTES LTDA y LA CATLEYA, entre otros.

"De otro lado, la SIC no tuvo en consideración, la información suministrada, según la cual, en la CAN y en otros países latinoamericanos existen empresas importantes que podrían eventualmente entrar a competir al mercado colombiano.

"Así por ejemplo, UNILEVER tiene capacidad financiera suficiente para ingresar al mercado de detergentes mediante la realización de importantes inversiones en capacidad instalada y publicidad tal y como lo sugiere la SIC. De igual modo se hizo mención a HENKEL, POLAR e INTRADEVCO.

*"3.7.2 La demanda por detergentes en polvo y líquidos es elástica frente al precio*

*"Como ya se mencionó, es posible apreciar la respuesta del consumidor frente a los incrementos de precios de los detergentes en polvo y líquidos, que consiste en buscar los detergentes más baratos y eventualmente sustituirlos por los jabones en barra. Este comportamiento demuestra que la demanda por detergentes en polvo y líquidos es elástica frente al precio, lo cual quiere decir que frente a un alza de precios de los detergentes, los consumidores tienen una tendencia rápida a buscar marcas de detergentes más baratas y a sustituirlos con barras de jabón, lo cual se encuentra demostrado en el estudio SABINES de NIELSEN. Lo anterior se explica también en el punto 3.5 de este documento.*

*"3.7.3 Distinción entre los modelos de negocio en el segmento de los detergentes*

*"Existen dos modelos de negocio en todas las categorías de productos de consumo masivo: El modelo basado en marcas diferenciadas por beneficios; y el modelo basado en marcas diferenciadas por precio.*

*"Las marcas diferenciadas por beneficio son las marcas que ofrecen al consumidor valores agregados que resultan de la investigación y mejora constante del producto. Este modelo de negocio requiere una fuerte inversión(sic) de capital en maquinaria para cumplir los procesos de calidad y tener disponible la tecnología que permite tener un producto terminado de alto valor agregado. Adicionalmente, estas marcas requieren una mayor inversión(sic) en publicidad para explicarle al consumidor los beneficios especiales que proporcionan los productos, los cuales justifican pagar un precio mayor.*

*"En el caso de las marcas diferenciadas por precio, el modelo se basa en la venta masiva de productos que proporcionan un beneficio básico a un nivel de precios muy bajo. Estas marcas requieren una inversión mínima en maquinaria y en publicidad, porque el beneficio que proporcionan es el precio bajo.*

*"3.7.4 La integración no restringe la capacidad de reacción de los competidores*

*"De conformidad con lo establecido por la SIC, como resultado de la operación proyectada, P&G COLOMBIA podría actuar de manera independiente en el mercado respecto de los demás participantes, ejerciendo una mayor influencia sobre los precios y la oferta de los productos.*

*"La SIC fundamenta su argumentación en el supuesto de que las marcas ARIEL y FAB son las que más se compran en el mercado de detergentes dejando relegadas a marcas como DERSA, TOP y otras.*

*"Lo anterior no es cierto, ya que ARIEL y FAB son marcas que se encuentran en el segmento de detergentes de precios altos. Por lo tanto, marcas como DERSA, TOP y las mismas marcas privadas que son comercializadas por los supermercados, tienen capacidad de competir de manera efectiva, a nivel de precio, con lo cual se impediría que P&G COLOMBIA abusara de su posición de dominio en detrimento de los consumidores y competidores.*

**"4. LA SIC NO APRECIÓ ADECUADAMENTE LAS EFICIENCIAS PRESENTADAS**

"La SIC establece que los ahorros de costos señalados por P & G COLOMBIA podrían alcanzarse por medios distintos a la operación proyectada, razón por la cual las eficiencias alcanzadas no tendrían las características que requiere el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992.

#### "4.1 MAYOR UTILIZACIÓN DE LA PLANTA DE P&G COLOMBIA

"Si bien es cierto que en el escrito radicado el 1 de octubre de 2004 se estableció que los rendimientos a escala, en teoría podrían ser alcanzados por medios distintos, lo cierto es que también se explicaron las razones por las cuales, en el presente caso, la operación de integración es la única manera de obtener dichos ahorros.

"La SIC argumenta que P&G COLOMBIA dispone de capacidad de planta ociosa, razón por la cual bastaría con incrementar la producción para obtener las eficiencias alegadas por mecanismos diferentes al de la integración.

"Lo anterior no es cierto. El hecho de que la capacidad utilizada por P&G COLOMBIA sea de  $TM/año$  y la capacidad instalada de  $TM/año$ , no implica que P&G COLOMBIA podría hacer una mejor utilización de su capacidad productiva que le permita la obtención de ahorros, ya que la planta no puede utilizarse permanentemente al tope de su capacidad, como se explica a continuación.

"a. Capacidad en general: La capacidad de una planta se define como el nivel máximo de producción que una planta puede lograr bajo condiciones dadas de operación. La capacidad se debe medir con base en tres indicadores: la utilización de las velocidades que el fabricante propone (RU), la utilización del tiempo disponible (SU) y la eficiencia de la operación (PR).

"b. Capacidad Máxima: Está definida como el número máximo de unidades que puede producir en un rango de tiempo especificado. Este cálculo no tiene en cuenta el tiempo en el cual la máquina no se encuentra trabajando por falta de programación o por razones de confiabilidad del proceso.

"c. Capacidad real: La capacidad real se define como el volumen de salida que podría ser logrado por un periodo de tiempo en las circunstancias normales de producción, para un RU, SU y PR reales.

"d. Cálculos: SU es el factor entre los días disponibles y los días teóricos que se tienen, entonces tenemos 365 días al año y a estos días se le descuentan los días feriados que son 20 y tenemos que 345 son los días laborables. El SU entonces es de 0.94.

"RU = 1, ya que hemos llegado al tope de las velocidades que se tienen por unidad de tiempo de las máquinas(sic) empacadoras vs. lo que el fabricante recomienda como capacidad de diseño.

"PR es la eficiencia de la operación, y es la relación entre el tiempo utilizado o perdido en ciertas actividades en el día y el tiempo disponible en el día (24 horas). Este número tiene incluido, los cambios de referencias y tamaños de las máquinas(sic) 0.04, las horas de limpieza 0.03, los mantenimientos planeados 0.03, las reuniones del personal de planta 0.03 entre otras. Con esto se tiene que el PR para efectos prácticos es de 0.85.

*"Lo anterior demuestra que la capacidad real de la planta de P&G COLOMBIA es, igual a  $0.94 \times 0.85 \times 1 = 0.79$ , lo cual quiere decir que la planta de P&G COLOMBIA sólo puede utilizarse en el 79% de su capacidad.*

*"En consecuencia se concluye que la diferencia entre la capacidad instalada de P&G COLOMBIA y la capacidad utilizada, no constituye una capacidad ociosa, tal y como lo estima la SIC.*

#### **"4.2 AHORROS OBTENIDOS POR ESTANDARIZACIÓN DE PROCESOS PRODUCTIVOS, MATERIAS PRIMAS Y MATERIAL DE EMPAQUE**

*"Según la SIC, las eficiencias proyectadas por P&G COLOMBIA serían menores, dado que esta empresa cuenta con capacidad ociosa.*

*"Sobre este particular, se recuerda que la diferencia entre la capacidad utilizada y la instalada, no constituye capacidad ociosa. En efecto, es imposible utilizar la planta en forma permanente al 100% de su capacidad.*

#### **"4.3 REDUCCIÓN DE LOS COSTOS DE OPERACIÓN**

*"Al igual que en los dos casos anteriores, la SIC niega los argumentos de mis poderdantes, pues considera que la reducción de costos de operación también podría alcanzarse mediante el aumento de la producción al estar ganando participación de mercado sobre sus competidores, incremento del tamaño total del mercado o al incremento de las exportaciones. De igual modo, desconoció las razones que justifican la presente operación para la obtención de dichas eficiencias.*

#### **"III. OFRECIMIENTO DE CONDICIONAMIENTOS**

*"De conformidad con la petición subsidiaria contenida en la Parte I de este escrito, las empresas solicitantes proponen a la SIC la implementación de los siguientes condicionamientos, cuyo objetivo es obtener de la SIC la autorización o no objeción respecto de la operación de integración informada, garantizando la efectiva preservación de la libre competencia en el mercado. Los condicionamientos, que mis representadas están en disposición de discutir y precisar con la SIC, son los siguientes:*

*"a. Compromiso de mantener las marcas adquiridas: Con la excepción que implica el cumplimiento del condicionamiento de desinversión contenido en el literal e) de este capítulo, P&G COLOMBIA se compromete a mantener las marcas adquiridas por un periodo de dos (2) años siguientes a la aprobación de la integración. Para el efecto, se compromete también a mantener la inversión publicitaria realizada en el año 2003 en las marcas promocionadas, durante los siguientes dos (2) años a la aprobación de la integración.*

*"b. Compromiso respecto del contenido de la publicidad: P&G COLOMBIA se compromete a mantener un balance en el contenido de la publicidad, de tal manera que no se favorezca a los detergentes en polvo y líquidos frente a las barras de jabón, ni se desacredite a estas últimas.*

*"c. Compromiso de mantener la oferta en el mercado: P&G COLOMBIA se compromete durante los dos (2) años siguientes a la aprobación de la integración, a no reducir la oferta*

de jabones en barra y detergentes en el mercado colombiano respecto de la presentada en el año 2003.

"d. Compromiso de poner la infraestructura productiva a disposición de los competidores: P&G COLOMBIA se compromete durante los dos (2) años siguientes a la aprobación de la integración, a mantener a disposición de los competidores hasta un 10% de la capacidad instalada nacional, con el fin de fabricar detergentes en polvo a favor de aquellos competidores actuales o potenciales que se lo soliciten, bajo un contrato de maquila o producción que le permita recuperar el costo de producción. P&G COLOMBIA, se compromete a cumplir con el presente condicionamiento, absteniéndose de imponer condiciones discriminatorias entre los competidores potenciales o actuales que le soliciten producir detergente en polvo.

"e. Compromiso de desinversión: P&G COLOMBIA se compromete a licenciar o vender la marca Lavomatic, cuyo posicionamiento es específico en el segmento de lavado con máquina lavadora. Lavomatic, es una marca líder dentro del subsegmento de detergentes en polvo para lavar en lavadora, que es mejor conocida como "El Experto en Lavadora" (en el Anexo No.5 se incluye un empaque del producto, en el cual se hace referencia a su carácter especializado para usa en lavadoras). La marca fue introducida al mercado colombiano en 1970 y en la década de los años ochenta fue exitosamente posicionada mediante una nueva fórmula mejorada. La marca es ampliamente recomendada por parte de los técnicos y vendedores de lavadoras, ya que presenta un alto valor agregado relacionado con el cuidado de la lavadora. Actualmente, el producto se comercializa en seis presentaciones o tamaños y tiene un rico aroma floral. En el mercado global nacional de detergentes, Lavomatic tiene una participación del % y su participación en el subsegmento de detergentes en polvo para lavar en lavadora aumenta alcanzando aproximadamente el 20%.

"Teniendo en cuenta, que a juicio de la SIC, el mercado de detergentes es un mercado marquista, por medio del presente condicionamiento, P&G COLOMBIA ofrece vender o licenciar la marca Lavomatic dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la resolución que profiera la SIC, por medio de la cual autorice o no objete la presente operación. De esta manera, P&G COLOMBIA, pretende evitar cualquier efecto que altere negativamente las condiciones de competencia en el mercado de detergentes en polvo para lavar en lavadora, permitiendo así a alguno de sus competidores, actuales o potenciales, entrar a competir con una marca que goza de una alta tradición y reputación dentro de los consumidores colombianos. De otro lado, la SIC deberá tener en cuenta que dado a(sic) que la penetración de las lavadoras en Colombia tiende a crecer, la enajenación de la marca Lavomatic es una gran oportunidad para cualquier persona que desee entrar al mercado de los detergentes en polvo especializados en el cuidado de la lavadora.

"Para cumplir a cabalidad con su compromiso, P&G COLOMBIA se compromete a lo siguiente:

- "Enajenar la marca Lavomatic a un adquirente que sea un tercero de P&G COMPANY y de las intervinientes y que cuente con el conocimiento adecuado del mercado o el capital suficiente para mantener y desarrollar las actividades relacionadas con la producción y comercialización de detergente en polvo. En caso de que la enajenación de la marca Lavomatic de lugar a una operación de integración que se encuentre bajo

los presupuestos contenidos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, la enajenación de la marca Lavomatic al futuro adquirente será sujeta a la no objeción por parte de la SIC.

- "Preservar la viabilidad económica y prestigio de la Marca, minimizando cualquier riesgo de pérdida de competitividad, hasta el momento de la enajenación.
- "Mantener la inversión en publicidad de la marca Lavomatic, tomando como valor mínimo de referencia el gasto neto en publicidad realizado en el año 2003 por parte de COLGATE.
- "Abstenerse de incurrir en cualquier acto que pueda dar lugar a una perturbación en la explotación de la marca Lavomatic.
- "Mantener por separado información referente a la marca Lavomatic, la cual se relaciona con los siguientes aspectos pero sin limitarse a los mismos:

- i. Producción
- ii. Zonas de cobertura
- iii. Estructura de costos
- iv. Capacidad utilizada
- v. Ventas nacionales
- vi. Políticas y planes de comercialización
- vii. Gastos netos en publicidad
- viii. Cualquier otra información adicional que se requiera

- "Contratar un servicio de auditoría, con el fin de que verifique, monitoree y certifique el cumplimiento del compromiso adquirido por P&G COLOMBIA. El auditor contratado deberá presentar a la SIC un reporte con antelación a la fecha proyectada para llevar a cabo la enajenación, por medio del cual se refiera a la viabilidad del negocio.

"f. Compromiso de información: P&G COLOMBIA se compromete a mantener los condicionamientos de la operación de integración, visibles en su pagina Web, durante un tiempo de dos (2) años. (...)."

**CUARTO:** Que en cumplimiento del artículo 59 del Código Contencioso Administrativo se resolverán todas las cuestiones planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, en los siguientes términos:

#### **4.1 LA ACTUACIÓN ADELANTADA EN ARMONÍA CON EL DEBIDO PROCESO.**

##### **4.1.1 Consideraciones generales**

Según manifiesta el impugnante, la decisión adoptada en la Resolución 28037 de 2004, "...se basa en información suministrada por terceros que no pudo ser conocida ni estuvo a disposición de las empresas solicitantes, las cuales no pudieron por lo tanto controvertirla ni aportar informaciones o pruebas que la desvirtuaran, lo cual constituye una violación al debido proceso y al derecho de defensa de mis poderdantes".

Así mismo, manifiesta que "[s]i bien es cierto que la información confidencial que suministren terceros debe ser guardada en cuadernos reservados, en el evento de que dicha información deba servir de sustento para la adopción de conclusiones o decisiones que afectan directamente a las empresas solicitantes, debe ser puesta a disposición de

éstas, con el objeto de que puedan controvertirla, ya que de lo contrario, se estaría violando el debido proceso".

En relación a lo anterior, debemos empezar por señalar que la Ley 155 de 1959, refiriéndose al trámite de los procesos de integración económica, advierte en forma expresa, que "[e]l informe que deben dar los interesados y su trámite serán absolutamente reservados y los funcionarios que revelen en todo o en parte el contenido de los expedientes, incurrirá en la destitución del empleo que impondrá el respectivo superior, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el Código Penal".

De la norma en cita se desprende, que la pretensión del legislador fue la de **mantener en reserva el trámite** correspondiente a los procesos de integración, con el ánimo de resguardar del conocimiento público, las políticas comerciales y estrategias de las empresas intervinientes en una operación, como de terceras empresas que sean requeridas con el propósito de recabar la información necesaria.

De otra manera, existiría un gran desestímulo para adelantar procesos de integración económica, y todavía más para informarlos, pues ello supondría que la información vital de las empresas intervinientes en la operación, podría ser conocida por cualquier persona, incluso por sus propios competidores; pero al mismo tiempo, el aviso de una operación sería la forma más fácil de conocer información vital de los competidores, para lo que bastaría únicamente esperar a que la autoridad de competencia formule los requerimientos respectivos, para después consultar la información.

Por las razones señaladas, la información de las empresas intervinientes en la operación tiene su acceso restringido a terceros, e incluso entre ellas mismas cuando la presentan en forma separada, pero al mismo tiempo, la información que aporten terceros en respuesta al requerimiento de información que les formule esta Entidad, tiene su acceso restringido para las intervinientes y para el público en general.

Sin embargo, cuando el trámite respectivo concluye con la determinación de objetar la operación analizada,<sup>6</sup> dado que se está limitando la libertad económica de las empresas intervinientes, debe permitírseles la defensa de sus intereses, concediéndoles la posibilidad de que impugnen la determinación a través de los recursos de ley. En esta última perspectiva, debe armonizarse la confidencialidad de la información de terceras empresas, con el derecho de contradicción que asiste a las empresas cuya integración ha sido objetada, levantando la reserva de la información que sirvió de sustento de la decisión, para que pueda ser conocida y controvertida por las empresas afectadas con la determinación.

De lo anteriormente expuesto, se extraen las siguientes conclusiones:

- Tanto el informe que deben dar las empresas Intervinientes, como el trámite que le sigue, están bajo reserva legal, motivo por el cual su acceso está restringido a terceros.
- A su vez, la información confidencial de terceras empresas que haya sido obtenida por la Entidad a través de requerimientos de información, no será accesible para las intervinientes.

<sup>6</sup> Ver: parágrafo 1° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, artículo 5° del Decreto 1302 de 1964.

- No obstante, el acceso a la información de terceras empresas por parte de las intervinientes estará justificado, sí está de por medio el derecho de contradicción de estas últimas, en aquellos casos en que la libertad económica de los interesados se vea afectada con la decisión de la administración.

#### 4.1.2 El caso específico

Con el propósito de contar con mayores elementos para estudio de la operación presentada por P&G COLOMBIA y COLGATE, este Despacho decidió requerir información de otros agentes del mercado, la cual se mantuvo bajo confidencialidad, en tanto revelaba aspectos esenciales de las políticas comerciales y estrategias de estas empresas, y frente a los cuales existía un interés especial de que no fuera divulgada, habida consideración a que tal circunstancia podría llegar a ocasionarles un perjuicio, como muchas de ellas pusieron de presente en el mismo escrito remisorio de la información.

No obstante, como quiera que el análisis de la operación proyectada llevó a este Despacho a concluir la necesidad de su objeción, debía permitirse a P&G COLOMBIA y COLGATE, como en efecto se permitió, conocer los fundamentos en que estuvo soportada la determinación, así como la información que sirvió de base, a efectos de que pudieran proceder a su impugnación.

De esta forma, y para los fines precisos del recurso, se permitió a las Intervinientes conocer la información de terceros tenida en cuenta en la motivación del Acto, aunque para las demás personas se mantiene restringido el acceso a dicha información. Por ello existen dos versiones de la misma resolución, una privada para las Intervinientes, en la cual se revela plenamente todas las cifras, datos, análisis y valoraciones que precedieron la determinación, y una pública, en la que fueron sombreados todos los aspectos sujetos a confidencialidad de las intervinientes, como de terceros requeridos.

Es preciso señalar que dentro del trámite establecido en el Decreto 1302 de 1964, básicamente en los artículos 6, 7, 8 y 9, no se estableció un periodo probatorio, ni tampoco una oportunidad para que se presenten alegaciones ni debates, pues el trámite como tal es de carácter reservado y, además, no constituye una investigación en la que se esté debatiendo la responsabilidad de alguien por la infracción de una norma, sino de una actuación administrativa iniciada en cumplimiento de un deber legal, que aún cuando bien puede culminar con una decisión desfavorable a los intereses de los peticionarios, no por ello cambia su naturaleza. Lo que se quiere decir, entonces, no es que el trámite de integraciones empresariales haya quedado sujeto a la arbitrariedad de la administración, pues como toda actuación administrativa debe adelantarse en sujeción al debido proceso, sino que su trámite mismo no establece un periodo probatorio como tal, circunstancia que no obsta para que los Intervinientes puedan ejercitar su derecho de defensa, conociendo las motivaciones por las que la autoridad de competencia soportó la determinación de objetar una operación, y pudieran además impugnarla a través de los recursos de ley, **que entre otras, confieren la posibilidad de aportar y solicitar pruebas.**<sup>7</sup>

<sup>7</sup> "Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio". Código Contencioso Administrativo; artículo 56.

Se observa, entonces, que antes que transgredir el debido proceso, la actuación adelantada es su desarrollo mismo, ya que dicha garantía confiere el derecho a ser juzgado "[c]on observancia de la plenitud de las formas propias cada juicio", que fue precisamente lo que se hizo en el trámite adelantado. En todo caso, es importante señalar que la determinación adoptada en la resolución 28037 de 2004, está basada no solamente en información de terceros sino en la propia de las Intervinientes, la cual - se reitera una vez más - P&G COLOMBIA y COLGATE tuvieron oportunidad de conocerla y controvertirla, como en efecto lo hicieron con la interposición del recurso de reposición que mediante esta providencia se resuelve.

Finalmente debemos llamar la atención que las Intervinientes, ni antes ni después de la expedición del acto a través del cual se objetó la operación informada, formularon una solicitud de copias de los documentos correspondientes a la información requerida de terceros. Por ello, no puede existir, por substracción lógica, negación de lo que nunca se ha pedido.

#### 4.2 EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Dentro del deber que le ha sido conferido al Estado de salvaguardar el "*derecho de todos*" que está implícito en la libre competencia económica,<sup>8</sup> el control de integraciones se estructura como un instrumento de naturaleza eminentemente preventiva, a través del cual la autoridad de competencia tiene la oportunidad de analizar las operaciones que se pretendan llevar a cabo, con el propósito de anticiparse a cualquier distorsión o efecto indeseable que pudiera sobrevenir para el mercado.

Ciertamente el control de integraciones no corresponde al ejercicio de una potestad sancionadora, pues el espectro con que funciona no es represivo sino preventivo, y dentro de esta perspectiva, tratarán de evitarse aquellas operaciones en que por las condiciones particulares de quienes intervienen o por las condiciones generales del mercado en que se suscitan, tienden a restringir en forma indebida la competencia.

La decisión de objetar una operación de integración, o de no hacerlo, no corresponde, en consecuencia, a una presunción de mala o buena fe, ya que son presupuestos objetivos y concretos los que determinan si una operación se haya dentro de las causales de objeción previstas por la ley. No se requiere, por lo tanto, demostrar un perjuicio real sobre el mercado para objetar una operación, que, entre otras cosas, no podría acreditarse por cuanto la operación para ese momento constituye una simple intención que no ha sido materializada.

Creemos, como afirma el apoderado, que "*[p]ara el caso concreto que nos ocupa, resulta claro que no hay una conducta concreta que juzgar. No hay un acto lesivo. La SIC ha considerado que el acto constituye una amenaza, un peligro. Pero no ha encontrado violación alguna al régimen de competencia*", pues esa es precisamente la diferencia entre el control *ex ante* y el control *ex post*. De ahí precisamente que el trámite que se revisa haya culminado con una decisión de "objeción" y no una multa.

<sup>8</sup> De acuerdo con la Constitución Política "*[l]a libre competencia es un derecho de todos que pone responsabilidades... el Estado, por mandato de ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas abusen de su posición dominante en el mercado nacional*". Ver artículo 333.

Y aunque la constitución reconoce y garantiza la libre iniciativa privada, y más concretamente la libertad económica, no puede pasarse por alto que existe una prelación del interés colectivo sobre el meramente individual, como lo ha ratificado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones,<sup>9</sup> lo que justifica que el deseo de las empresas de agruparse pueda ser limitado por el Estado.

Por consiguiente, las argumentaciones esgrimidas por el apoderado en torno a que la decisión de objetar la operación comporta una violación al principio constitucional de la buena fe, el buen nombre y autonomía privada de la voluntad, carecen de sustento y, por lo mismo, están llamadas a no ser tenidas en cuenta.

### 4.3 LA OPERACIÓN Y SUS EFECTOS

#### 4.3.1 Definición del mercado relevante

Sea lo primero afirmar que la definición del mercado de producto realizada en la Resolución 28037 de 2004, se encuentra circunscrita a la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, metodología empleada por las distintas entidades de competencia alrededor del mundo<sup>10</sup> y que difiere del concepto de mercado que tienen generalmente las empresas, las cuales lo vinculan generalmente al sector al que pertenecen, como ocurre en el caso que nos ocupa<sup>11</sup>.

El criterio seguido por el recurrente se ha mantenido en definir el mercado relevante como el de Productos para Lavar Ropa comprendido por los detergentes (líquido, barra y polvo) y los jabones en barra (jabones de sebo y jabones sintéticos), señalando que el mercado de detergentes para lavado en lavadora es un segmento definido, calculado y creado por la

<sup>9</sup> "Es verdad que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si, éstas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular.

"Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado". Sentencia C-398 de 1995. En el mismo sentido, ver T-146 de 1996; C-815 y C-624 de 1998.

<sup>10</sup> 'Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of community competition law'. Fuente: [http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma\\_en.html](http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma_en.html); '1992 Horizontal Merger Guidelines United States, with april 8, 1997, Revisions to Section 4 on Efficiencies, page 7'; 'Merger References in United Kingdom: Competition Commission Guidelines', Marzo 2003, págs. 12-13.

<sup>11</sup> Ver: CONRATH Craig, 'Guía práctica para la ejecución de ley antimonopolio para una economía en transición', págs. 89-93. Este autor señala que para definir el mercado del producto se debe responder a las siguientes preguntas "¿Qué es lógicamente un sustituto?, ¿Cuál tiene características similares?, ¿Qué se usa ahora como un sustituto para algunas circunstancias?, ¿Qué es técnicamente posible sustituir?, ¿Qué ha usado la gente en el pasado?, ¿Qué usan las personas en otras regiones o en otros países?, ¿Qué hace la gente en otras industrias o situaciones?, ¿Cuánto más cuestan todas esas alternativas?"

SIC<sup>12</sup>. Sin embargo, en el recurso interpuesto no se aportan pruebas adicionales a las ya analizadas, que indiquen la posibilidad de modificar la definición del mercado relevante.

Si bien todos los Productos para Lavar Ropa son empleados por los consumidores en el proceso de lavado de ropa, no puede pasarse por alto que existen marcadas diferencias en los hábitos de lavado<sup>13</sup>, en la preferencia de ciertos productos por parte de los consumidores<sup>14</sup>, en los precios<sup>15</sup> y en los procesos de fabricación<sup>16</sup>, así como en las posibilidades de utilización, circunstancias todas ellas que apuntan a una segmentación más precisa del mercado.

El Despacho difiere de la apreciación del recurrente, según la cual, *"[d]entro de los hábitos de lavado de los consumidores colombianos es claro que la barra es utilizada por la gran mayoría de la población, incluyendo a aquellos consumidores que lavan sólo en lavadora, lo cual desvirtúa nuevamente el recálculo que hizo la SIC para determinar las participaciones en el mercado de lavado a máquina"*<sup>17</sup>, pues la sola utilización por parte de los consumidores de varios productos para un mismo propósito, no es prueba suficiente para considerarlos como sustitutos económicos, pues es necesario tener en cuenta elementos adicionales, como bien es reconocido por el recurrente en la radicación original cuando afirma que: *"[d]esde el punto de vista de la demanda, la identificación del mercado relevante está determinada por distintos factores, como son las características de los productos que componen el Mercado Relevante, los gustos y preferencias de los consumidores, los hábitos de consumo de los mismos, así como los precios, todos los cuales juegan un papel fundamental en la decisión de compra por parte de los consumidores"*<sup>18</sup>.

En la perspectiva señalada, y a efectos de establecer la posible intercambiabilidad de los productos, esta Entidad tuvo en cuenta la utilización de tales productos en el proceso de lavado de ropa por parte de los consumidores<sup>19</sup>, pero dado que la sola participación no garantiza la condición de sustituibilidad, se procedió a efectuar una definición precisa del

<sup>12</sup> Aunque los detergentes en barra pueden tener similares ingredientes a los detergentes en polvo, los primeros son asociados a la categoría de jabones en barra, según se desprende de los estudios realizados y allegados por las intervinientes, los cuales revelan que los productos se clasifican de acuerdo a su presentación: barra o polvo. Por tanto, contrario a lo que trata de inferir el recurrente, no es posible incluir a los detergentes en barra en el segmento de detergentes en polvo, debido a que el consumidor asocia a los primeros con características idénticas a los jabones en barra, lo cual es asumido de igual manera, por las empresas en sus estudios de mercado y por la firma consultora AC NIELSEN en la segmentación del mercado. Ver: Información aportada por las intervinientes, documento de radicación 04074031-0 y 04074031-29 - Estudio AC NIELSEN; 'Estudio de Usos, Hábitos y Actitudes del Cuidado de la Ropa', Preparado por la empresa MARKET TEAM DE COLOMBIA para COLGATE, año 2001; Estudio de METTA-CIMARESEARCH, 'Hábitos de lavado de ropa'.

<sup>13</sup> Resolución No. 28037 del 12 de noviembre de 2004, Superintendencia de Industria y Comercio, hoja 6.

<sup>14</sup> Ibídem, hojas 7 y 12.

<sup>15</sup> Ibídem, hojas 9 y 10.

<sup>16</sup> Ibídem, hojas 27 y 28.

<sup>17</sup> Documento de radicación No. 04074031-35, folio 9.

<sup>18</sup> Documento de radicación No. 04074031-0, folio 14.

<sup>19</sup> Resolución No. 28037 del 12 de noviembre de 2004, Superintendencia de Industria y Comercio, hoja No. 6.

mercado de producto, teniendo como punto de partida los detergentes en polvo, productos afectados con la operación, y a partir de allí, procedió a realizar un análisis comparativo con aquellos productos señalados por las intervinientes como sustitutos (jabones en barra<sup>20</sup>, blanqueadores<sup>21</sup> y suavizantes<sup>22</sup>), teniendo en cuenta las utilizations previstas, los hábitos de consumo, las características y el precio de los productos, lo cual conllevó a segmentar el mercado y limitarlo al ámbito de utilización de los productos considerados sustitutos.

En cuanto a los hábitos de lavado en particular, los datos allegados por las intervinientes indican que los consumidores emplean esencialmente los siguientes procesos de lavado: lavado sólo a mano, lavado sólo en lavadora y lavado utilizando ambos procesos. Para quienes lavan sólo en lavadora se entiende que por ningún motivo emplean las etapas de lavado a mano, y viceversa, para aquellos que lavan sólo a mano, no emplean el proceso de lavado en lavadora. Por tanto, la afirmación del recurrente respecto a que "la barra es utilizada por la gran mayoría de la población, incluyendo a aquellos consumidores que lavan sólo en lavadora"<sup>23</sup> no es de recibo dado que en el expediente no se cuenta con elementos objetivos que pongan en evidencia que quienes utilizan únicamente la lavadora empleen jabón o detergente en barra dentro de la lavadora para llevar a cabo el proceso correspondiente.

De esta manera, y a partir de los estudios aportados por las intervinientes sobre las actitudes y hábitos de consumo de los colombianos<sup>24</sup>, los datos relativos a las características de las compras de este tipo de productos por parte de los consumidores<sup>25</sup>, junto con las respuestas brindadas por los competidores y clientes<sup>26</sup>, esta Entidad concluyó que es factible diferenciar, al menos, dos tipos de consumidores: aquellos que lavan a máquina y aquellos que lavan a mano, considerando que parte de ellos utilizan ambos procesos.

En referencia a la delimitación de un mercado de lavado en lavadora y de otro de lavado a mano, se presentan a continuación elementos adicionales que sustentan aún más la delimitación señalada en la citada resolución 28037. De acuerdo con información aportada por las intervinientes, los agentes que lavan en lavadora presentan características propias y preferencias distintas, en todo caso, de los agentes que lavan a mano, como puede

<sup>20</sup> Ibídem, hojas 7 a 13.

<sup>21</sup> Ibídem, hoja 13.

<sup>22</sup> Ibídem, hoja 14.

<sup>23</sup> Documento de radicación No. 04074031-35, folio 9.

<sup>24</sup> Información aportada por las intervinientes, documento de radicación No. 04074031-29, 'Estudio de Usos, Hábitos y Actitudes del Cuidado de la Ropa', Preparado por MARKET TEAM DE COLOMBIA para COLGATE, año 2001 y, Estudio de METTA-CIMA RESEARCH, 'Hábitos de lavado de ropa'.

<sup>25</sup> Información aportada por las intervinientes, documento de radicación No. 04074031-29, Estudio de METTA-CIMA RESEARCH, 'Hábitos de lavado de ropa'.

<sup>26</sup> Documentos de radicación Nos. 04074031-16, 04074031-17, 04074031-18, 04074031-19, 04074031-20, 04074031-21, 04074031-22, 04074031-23, 04074031-24, 04074031-25, 04074031-26, 04074031-27, 04074031-28 y 04074031-31.

observarse en el porcentaje de personas que efectúa las distintas etapas de lavado, el cual se resume en la siguiente tabla:

Tabla No. 1. Porcentaje de personas que hace cada etapa

Etapas	Lavado a mano	Lavado en lavadora	Diferencia absoluta
Remojar			
Blanquear			
Refregar			
Lavado en lavadora (ciclo de lavado)			
Enjuagar			

Fuente: Información aportada por las intervinientes, documento de radicación 04074031-29. 'Estudio de Usos, Hábitos y Actitudes del Cuidado de la Ropa', Preparado por Market Team de Colombia para COLGATE, año 2001, Págs. 36 y 49.

Así, pues, las preferencias e inclinaciones no son las mismas entre quienes lavan en lavadora y lavan a mano. En efecto, el porcentaje de personas que remoja, blanquea, refriega y enjuaga la ropa es considerablemente mayor para las personas que lavan a mano respecto de aquellos que lavan en lavadora; por su parte, ninguna de las personas que lavan a mano, cumplen con la etapa de lavado en lavadora (ciclo de lavado).

Adicionalmente, las razones para lavar prendas exclusivamente a mano cuando las personas tienen lavadora, corresponden esencialmente al cuidado de la ropa, particularmente tratándose de ropa delicada, y por la creencia, equivocada o no, de obtener mejores resultados de limpieza, como puede verse en la siguiente tabla:

Tabla No. 2. Razones para lavar prendas a mano cuando tienen lavadora (%)

Fuente: Información aportada por las intervinientes, documento de radicación 04074031-29. 'Estudio de Usos, Hábitos y Actitudes del Cuidado de la Ropa', Preparado por Market Team de Colombia para COLGATE, año 2001, Pág. 150

Otra diferencia sustancial, y que corresponde a la conclusión de un estudio adelantado por las intervinientes, es aquella que indica que "[e]l consumo de detergente varía dependiendo de la forma de lavado de la ropa en el hogar. La utilización de la lavadora lleva a un mayor consumo de detergente, de manera que si continúa la tendencia creciente en incidencia de lavadoras en hogares, se puede esperar un crecimiento en el volumen del mercado"<sup>27</sup>. En las distintas etapas de lavado, el empleo de detergente en polvo es más intensivo en la etapa de lavado en lavadora, tal y como se evidencia a continuación:

<sup>27</sup> Información aportada por las intervinientes, documento de radicación No. 04074031-29. 'Estudio de Usos, Hábitos y Actitudes del Cuidado de la Ropa', Preparado por MARKET TEAM DE COLOMBIA para COLGATE, año 2001, Pág. 59.

Tabla No. 3. Promedio de tazas de detergente utilizadas por ocasión

Fuente: Información aportada por las intervinientes, documento de radicación 04074031-29. 'Estudio de Usos, Hábitos y Actitudes del Cuidado de la Ropa', Preparado por Market Team de Colombia para COLGATE, año 2001, Pág. 95

Así mismo, a partir de los estudios aportados por las intervinientes, se puso en evidencia que las personas que utilizan sólo lavadora y aquellas que utilizan ambos procesos (lavado a mano y en lavadora), emplean más detergente en polvo respecto de aquellos que lavan sólo a mano, como se aprecia en el siguiente gráfico:

Gráfico No. 1. Cantidad total de detergente utilizado a la semana en el lavado de la ropa

Fuente: Información aportada por las intervinientes, documento de radicación 04074031-29. 'Estudio de Usos, Hábitos y Actitudes del Cuidado de la Ropa', Preparado por Market Team de Colombia para COLGATE, año 2001, Pág. 58

Así, pues, a partir de la información suministrada por las propias intervinientes, se hace evidente la necesidad de segmentar el mercado de acuerdo con grupos de consumidores que reúnen actitudes y necesidades homogéneas, respecto de las del grupo original del cual se desprende, con lo cual se ratifica el procedimiento de separar un mercado de aquellos que lavan a mano y aquellos que lavan en lavadora, para el análisis de los efectos de la operación proyectada.

Ahora bien, se encontró que la sustituibilidad de los detergentes en polvo es particular para cada uno de los dos segmentos, lo cual tiene explicación en las distintas preferencias que tienen los agentes en cada grupo. Así, para aquellos que tienen lavadora, los detergentes en polvo solamente encuentran intercambialidad con los detergentes líquidos, mas no con los jabones en barra. Respecto de aquellos que lavan a mano, teniendo en cuenta aquellos que emplean ambos procesos (lavado a mano y lavado en lavadora) se encuentra que existe un grado de sustituibilidad entre los detergentes en polvo y los jabones en barra, que no es del todo completo.

En referencia a este último punto, se señaló en la resolución recurrida que en razón a las diferencias en precios entre los detergentes en polvo y los jabones en barra, el grado de sustituibilidad puede verse reducida sustancialmente entre estos productos. Adicionalmente, contrario al supuesto de sustituibilidad entre detergentes en polvo y jabones en barra, el apoderado de las intervinientes ha manifestado, tanto en la solicitud inicial como en el recurso interpuesto, que estos productos "son usados de manera

concominante o de manera exclusiva –o- **como complemento**” en el proceso de lavado<sup>28</sup>, lo que en efecto implica que cierto número de consumidores percibe a los jabones en barra como **complementarios** de los detergentes en polvo.

A este respecto, es preciso señalar que la inclusión de un bien como complementario de otro, hace que no puedan ser considerados como sustitutos, pues se tiene que los bienes complementarios *“son bienes que van juntos, en el sentido que las personas incrementan simultáneamente el uso de ambos bienes. Ejemplos de complementos podrían ser el café y la crema, el pescado y las papas a la francesa -o- la gasolina y los automóviles. Por otra parte, los sustitutos son bienes que se pueden reemplazar entre sí. El té y el café, los Honda y los Pontiac, o la vivienda arrendada o propia son bienes sustitutos”*.<sup>29</sup>

**Así las cosas, la relación de complementariedad anotada por el recurrente, reduce aún más el grado de sustituibilidad que puede suponerse entre los detergentes en polvo y los jabones en barra para los consumidores que lavan a mano (incluyendo aquellos que utilizan ambos procesos).**

Por otra parte, el recurrente sostiene que *“si el precio del detergente de precio alto es demasiado oneroso, el consumidor utilizará detergentes de precio bajo y si el precio de éstos es también alto, el consumidor utilizará las barras de jabón”*<sup>30</sup>, lo cual sustenta en un estudio de SABINES realizado por la firma consultora AC NIELSEN, sobre análisis entre las categorías de jabón en barra y detergente para ropa.

Frente a este último punto, debemos manifestar que los datos arrojados por dicho estudio no son concluyentes, por dos razones fundamentales. La primera, por cuanto se trata de un estudio fragmentario, realizado para contrastar un período en particular (marzo-abril de 2003 vs. marzo-abril de 2004) y no los efectos continuos del precio sobre la demanda, y la segunda y más importante, porque los resultados antes que concluyentes, se tornan contradictorios, como se muestra al establecer la interdependencia entre los detergentes Premium, así como entre éstos y los jabones en barra. Veamos:

**Gráfico No. 2. Variación de la demanda de jabones en barra ante variaciones en el precio de detergentes de precio alto**

Fuente: Información aportada por las intervinientes, documento de radicación 04074031-29. 'Análisis de Detergente en Polvo vs. Jabón en Barra', Sabine, AC-NIELSEN.

<sup>28</sup> Documentos de radicación Nos. 04074031-0, folios 15, 16 y 23, y 04074031-35, folios 8 y 10.

<sup>29</sup> Ver: NICHOLSON, Walter, 'Microeconomía Intermedia'. Octava Edición, Editorial Mc Graw Hill. Página 98.

<sup>30</sup> Documento de radicación No. 04074031-35, folio 11.

Según se observa en el gráfico anterior, cuando los detergentes Premium<sup>31</sup> reducen su precio, se ven beneficiados los volúmenes del jabón en barra, es decir, los detergentes en polvo de precio alto y los jabones en barra se comportan como bienes complementarios. Cuando los detergentes de precio alto aumentan su precio hasta un 5%, apenas se modifican los volúmenes del jabón en barra, evidenciando ausencia de sustituibilidad, y cuando los detergentes Premium incrementan su precio entre un 5% a un 15%, se benefician los volúmenes del jabón en barra, lo cual muestra cierta sustituibilidad entre estos productos. No obstante, cuando los detergentes de precio alto aumentan su precio en más de un 15%, los volúmenes de ventas de los jabones en barra no aumentan como debería esperarse, sino que disminuyen, lo cual evidenciaría complementariedad entre estos productos.<sup>32</sup>

**La incongruencia del estudio se hace plausible cuando se observa que la condición de sustituibilidad entre los detergentes en polvo de precio alto y los jabones en barra no se cumple para cualquier variación de los precios, dejando a este Despacho en imposibilidad de corroborar la sustituibilidad aducida por el recurrente, especialmente cuando no existe ni siquiera seguridad de que la demanda de los detergentes en polvo Premium sea sensible a las variaciones de sus propios precios.**

Pese a que el apoderado de las intervinientes insiste en el desplazamiento del consumidor hacia otros productos, como una respuesta a incrementos en los precios de las marcas tipo Premium, no sustenta tal afirmación en datos que correspondan a una serie continua de tiempo que permita verificar la manera en que han incidido las variaciones en los precios de los detergentes en polvo, frente a los volúmenes de sus ventas, así como los movimientos en los volúmenes de ventas de los productos considerados como sustitutos, lo que impide constatar:

- Si la demanda de los detergentes en polvo comprometidos en la operación es elástica ante variaciones en su precio;
- Si la demanda de los productos que él considera sustitutos es igualmente elástica frente a variaciones en su propio precio;
- Si se ha registrado cambios en la demanda y desplazamientos de los consumidores entre uno y otro producto, esto es, si existe elasticidad precio cruzado de la demanda, entre los productos involucrados en la operación y los productos que él considera como sustitutos; y,
- Si los movimientos que se hubieran presentado en la demanda obedecen a variaciones en el precio o a externalidades, tales como: variaciones en el ingreso, desabastecimiento, sobreoferta y demás hechos de mercado que puedan afectar los hábitos de consumo, que permita corroborar si verdaderamente existe o no intercambiabilidad entre los detergentes en polvo y los jabones en barra.

<sup>31</sup> También señalados como detergentes de precio alto, corresponden en el estudio al Tier 1, el cual incluye las marcas: FAB, ARIEL, BOLD y LAVOMATIC. Fuente: Documento de radicación No. 04074031-29. Folio 30.

<sup>32</sup> "Dos bienes son complemento si un incremento en el precio de uno causa una reducción en la cantidad consumida del otro, por ejemplo, un incremento en el precio del café podría ser no solo que la cantidad demanda de café disminuya sino también que la demanda de crema se reduzca, debido a la relación complementaria entre el café y la crema". Ver: NICHOLSON, Walter. *Ibidem*, página 99

Es así como, aparte de lo manifestado por el recurrente, no existe ningún elemento objetivo y confiable que permita concluir a este Despacho que *"si el precio del detergente de precio alto es demasiado oneroso, el consumidor utilizará detergentes de precio bajo y si el precio de éstos es también alto, el consumidor utilizará las barras de jabón"*.

Aunque las intervinientes señalan un período particular como el año 2000, no allegan un análisis econométrico o de los datos riguroso en el que se sustentan las afirmaciones; simplemente se limitan a señalar que el aumento de precios de detergentes no pudo sostenerse, cuando la caída en la demanda pudo obedecer a un efecto ingreso debido a la crisis económica que enfrentaba el país en ese momento, a disminución en inversión publicitaria, lanzamiento de productos de la competencia o a cualquier otra circunstancia externa.

**Por consiguiente, este Despacho no encuentra elementos de prueba, ni situaciones reales de sustitución entre los detergentes en polvo y los jabones en barra en el pasado reciente, motivo por el cual los argumentos señalados en el recurso en relación a este punto, no logran desvirtuar las manifestaciones realizadas a través de la Resolución 28037 del 12 de noviembre.**

#### 4.3.2 La representatividad de los datos empleados

A criterio del apoderado de las Intervinientes, esta Entidad segmentó el mercado usando datos no representativos. Sobre este punto específico, sostiene que *"[e]l sub-segmento de mercado de lavado a maquina, si bien es importante, es la minoría del mercado colombiano que representa tan solo el 25,1% de los hogares, y no como lo afirma la SIC, el % de los mismos"*.

Agrega que *"[l]a diferencia entre ambas cifras radica en las distintas metodologías de los estudios utilizados. La SIC utilizó los datos del estudio METTA, con una base de 900 encuestas en sólo cuatro ciudades (Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla) que no representa el total del país. Adicionalmente, la metodología de este estudio hace que los datos sean aquellos declarados por los entrevistados, pero no se trata de datos comprobados con revisiones en el hogar"*. Finalmente, concluye que *"[e]n cualquier estudio, los datos declarados tienen un efecto de sobreestimación. En este caso los consumidores tienden a informar que tienen lavadora, cuando en realidad no la tienen"*.

En relación a este punto, debemos aclarar que el porcentaje de penetración de lavadoras que el apoderado califica como "sobreestimado", fue extraído del estudio sobre hábitos de consumo, elaborado por la firma METTA CIMA RESEARCH. Dicho estudio, que llegó al expediente por cuenta del mismo apoderado, tiene, según se indica en su propio texto, un nivel de confianza del 95% y un margen de error de 3,2% a nivel global<sup>33</sup>.

Pero con prescindencia de si el nivel de penetración de lavadoras en los hogares colombianos alcanza al %, como se indica en el estudio elaborado por METTA, o de si esta proporción alcanza el % como sostiene AC NIELSEN, incluso, siendo el 25% como se pone de presente en las cifras del DANE, lo cierto es que la población que estaría expuesta a los efectos de la operación sigue siendo considerable a luz de cualquiera de los anteriores estudios y, más aún si se analiza desde la perspectiva del mercado relevante

<sup>33</sup> Documento de radicación No. 04074031-29. Folio 33.

definido, pues en este último caso, la totalidad de las personas que utilizan lavadora podría verse perjudicadas frente a una concentración excesiva de la oferta.

En este sentido, no puede perderse de vista que la posibilidad de objetar una operación está dada por la ley en función a aquellos procesos que tiendan a generar una indebida restricción a la libre competencia en el mercado relevante definido, y no del número de personas que pueda verse afectado con la operación.

De cualquier manera, es importante tener en cuenta que la tenencia de lavadoras ha venido aumentando en los últimos años en los hogares colombianos, tal como lo muestran las cifras del DANE<sup>34</sup>, AC NIELSEN<sup>35</sup> y de los estudios aportados por las intervinientes<sup>36</sup>. Por tanto, existe una demanda cautiva creciente, por cuanto a medida que aumenta el número de hogares con máquina lavadora, incrementa el número de consumidores que quedaría sometido a las condiciones de mercado impuestas por P&G COLOMBIA, en caso de materializarse la operación proyectada.

#### 4.3.3 Metodología empleada para la distribución de las ventas en los mercados definidos

Señala el recurrente que el Despacho ignoró, al determinar las participaciones en el mercado de lavado a máquina, el hecho de que los consumidores que realizan los dos procesos, lavado a mano y en lavadora, utilizan tanto jabones en barra como jabones en polvo, lo cual cambia sustancialmente el cálculo de las participaciones de las intervinientes.

En relación a este punto, debemos señalar que con el propósito de asignar de manera proporcional y objetiva las ventas de detergente en polvo en cada uno de los mercados relevantes encontrados, y realizar así un análisis juicioso de la información de las empresas que participan en cada uno, se realizó una aproximación a partir de la cantidad de detergente utilizada por los consumidores que sólo lavan a mano, la utilizada por aquellos que sólo lavan en lavadora y la cantidad empleada por los consumidores que realizan un proceso mixto para el lavado de su ropa. Adicionalmente, se realizó una ponderación de estas cantidades teniendo en cuenta el número total de personas que participan en cada proceso, según la información contenida en los estudios aportados, tal y como quedó expuesto en la mencionada resolución 28037<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> La población que posee lavadora en el hogar Total Nacional pasó de 19,4% (1997) a 25,1% (2003); en cabecera pasó de 25,5% (1997) a 32% (2003). DANE: Encuesta Nacional de Calidad de Vida. Documento de radicación No. 04074031-35. Folio 27.

<sup>35</sup> Los datos de penetración de lavadoras pasaron de % (2001) a % (2003). Documento de radicación No. 04074031-29. Folio 81.

<sup>36</sup> Los datos indican que la penetración de lavadoras pasó de % en septiembre 2002 a % en marzo 2004. Tomado del estudio 'Hábitos de lavado de ropa', METTA-CIMA RESEARCH, Pág. 31. Así mismo, el 'Estudio de Usos, Hábitos y Actitudes del Cuidado de la Ropa', pág.31, preparado por MARKET TEAM DE COLOMBIA para COLGATE, año 2001, muestra que la penetración de lavadoras paso de % en 1996 a % en el 2001. Información aportada por las intervinientes, documento de radicación No. 04074031-29.

<sup>37</sup> Resolución No. 28037 del 12 de noviembre de 2004, Superintendencia de Industria y Comercio. Hoja No. 15.

De acuerdo con los estudios aportados por las intervinientes, las personas que lavan sólo en lavadora emplean en promedio  tazas de detergente por semana, mientras que aquellos que lavan sólo a mano utilizan  tazas de detergente. Por otra parte se encontró que los consumidores que emplean ambos procesos (lavado a mano y en lavadora) consumen en promedio  tazas de detergente a la semana<sup>38</sup>. Ahora bien, dado que la suma de las cantidades empleadas por el consumidor que sólo lleva a cabo alguno de los dos procesos es  tazas de detergente, se encuentra que la diferencia es mínima respecto a la cantidad empleada por aquellos que llevan los dos procesos para lavar sus prendas. En esa medida, es posible inferir de las  tazas que utiliza el consumidor que realiza un proceso de lavado mixto, el  %<sup>39</sup> del detergente se destina al primer proceso y el  %<sup>40</sup> restante al último.

De otra parte, se encuentra que el  % de los consumidores lavan sólo en lavadora,  % sólo a mano y el  % emplea ambos procesos, lavado a mano y lavado en lavadora. Dado que los consumidores que llevan a cabo un proceso de lavado mixto acuden a los dos mercados relevantes encontrados, se tiene que el  % de los consumidores emplea el proceso de lavado de ropa en lavadora y el  % el proceso de lavado a mano, como se aprecia en la siguiente tabla:

Tabla No. 4. Metodología para el cálculo de las cifras

Fuente: Información aportada por las intervinientes, documento de radicación 04074031-29. 'Estudio de Usos, Hábitos y Actitudes del Cuidado de la Ropa', Preparado por Market Team de Colombia para COLGATE, año 2001, Pág. 58 y Estudio de METTA-CIMA RESEARCH, 'Hábitos de lavado de ropa', folio 175.

Teniendo en cuenta que las personas que emplean el proceso de lavado de ropa a mano ( %) es mayor respecto de aquellas que emplean el proceso de lavado en lavadora ( %) y que su consumo de detergente es  % y  %, de la relación existente entre estos valores, se deduce que el 59% de la demanda de detergentes se dirige al proceso de lavado en lavadora y el 41% restante se dirige al proceso de lavado a mano, cifras utilizadas para distribuir las ventas de las intervinientes y las de sus competidores en cada uno de los mercados definidos, por lo cual quedan desvirtuados los argumentos del recurrente frente a este punto.

#### 4.3.4 Posibilidad de incrementar los precios

<sup>38</sup> Información aportada por las intervinientes, documento de radicación No. 04074031-29. 'Estudio de Usos, Hábitos y Actitudes del Cuidado de la Ropa', Preparado por MARKET TEAM DE COLOMBIA para COLGATE, año 2001. Página 58.

<sup>39</sup> Este porcentaje corresponde a la razón entre el número de tazas empleadas por el consumidor que solo lava en lavadora () y la suma de las cantidades de detergente empleadas por estos y la cantidad empleada por los consumidores que solo lavan a mano () .

<sup>40</sup> Este porcentaje corresponde a la razón entre el número de tazas empleadas por el consumidor que solo lava a mano () y la suma de las cantidades de detergente empleadas por estos y la cantidad empleada por los consumidores que solo lavan en lavadora () .

Si bien es razonable la apreciación del recurrente en cuanto a que no es posible para los fabricantes implementar precios diferenciales sobre los detergentes en polvo de acuerdo con el uso específico que se le da a los mismos, lavado en lavadora, lavado a mano o lavado mixto, no por ello puede considerarse que hacen parte de un mismo mercado, pues los consumidores muestran una clara preferencia en la utilización de estos productos, que hacen necesaria la segmentación del mercado.

Ahora bien, de acuerdo con la estructura de los mercados relevantes definidos, particularmente en el mercado de productos para lavadora, que se presentaría en caso de efectuarse la operación proyectada, se encuentra que P&G COLOMBIA estaría en capacidad de incrementar el precio del producto en los dos mercados.

Por una parte, existe un bajo grado de sustituibilidad entre detergentes en polvo de precio alto y jabones en barra para aquellos consumidores que lavan a mano, en razón al diferencial de precios existente y a que una parte de ellos considera a estos productos como complementarios, según se explicó en la resolución recurrida y en apartados anteriores. Adicionalmente, para los consumidores que lavan en lavadora no existen sustitutos económicos cercanos de los detergentes (en polvo o líquidos), por lo que este tipo de consumidores enfrentarían prácticamente una demanda inelástica, frente a la cual los incrementos de precios no implican desplazamientos drásticos en la demanda, lo cual facilita que los incrementos de precios sean sostenibles.

Igualmente, la inelasticidad de la demanda de detergentes en polvo puede considerarse elevada si se tiene en cuenta el grado de posicionamiento que evidencian las marcas de los detergentes en polvo elaborados por las intervinientes, así como la fidelidad de los consumidores hacia las mismas<sup>41</sup>. Lo anterior permite vislumbrar la posibilidad con que contaría P&G COLOMBIA para determinar de manera unilateral las condiciones de mercado, entre ellas, el precio.

Finalmente, debemos llamar la atención en que de llevarse a cabo la operación propuesta, P&G COLOMBIA quedaría con la totalidad de las marcas de la categoría Premium, lo que muy probablemente lo incentivaría a incrementar los precios de sus productos, toda vez que los competidores de categorías inferiores, antes que tratar de disuadirlo de su intención, replicarían su comportamiento, manteniendo constante la diferencia en la franja de precios entre una y otra categoría. En consecuencia, los incrementos de precios en la categoría de detergentes de precio alto tendería a replicarse en la categoría de precio bajo, como bien explica el apoderado de las Intervinientes, al manifestar:

*"Es importante anotar que la dinámica de precios en la categoría de detergentes se ha caracterizado porque todos los competidores siempre han buscado mantener sus estrategias de precios entre marcas ante cualquier movimiento en los precios. Es así como podemos ver que hasta el año 2003 los incrementos de precios en la categoría de detergentes en polvo para lavar ropa fueron liderados por Colgate por tener la mayor participación en el mercado. P&G igualaba ésta alza una vez los nuevos precios estuvieran reflejados en la estantería o una vez se pudiesen confirmar en el comercio. En cambio, Dersa típicamente se tomaba de 2 a 4 meses para seguir el alza.*

<sup>41</sup> Ver: Resolución No. 28037 del 12 de noviembre de 2004, Superintendencia de Industria y Comercio. Hojas No. 18 a 20.

"Sin embargo, con el cambio de liderazgo de COLGATE a P&G a partir del año 2003, ha sido ésta última quien ha liderado las alzas de precios, mientras que Dersa ha empezado a seguir en lapsos más cortos.

"El efecto neto de estos cambios es que en general cada compañía ha mantenido su estrategia de precios en el mercado a lo largo del tiempo. Por otro lado, es importante notar que este comportamiento en la dinámica de precios es igual que en la gran mayoría de categorías de productos de consumo masivo, siendo el líder el que típicamente inicia el alza de precios que es seguida por los demás competidores buscando mantener su estrategia de precios".<sup>42</sup>(Resaltado no hace parte del texto original)

De suerte, pues, que los efectos de la operación tendrían no sólo incidencia en la categoría Premium, sino que generaría un efecto de arrastre para la categoría de precios bajos, dada la condición de líder indiscutible con que quedaría P&G en el mercado, de llegarse a adelantar la operación propuesta.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe anotar que P&G COLOMBIA posee un portafolio de productos que incluye tanto jabones en barra como detergentes en polvo, con participaciones importantes en la mayoría de ellos, por lo cual, aun si se presentara un desplazamiento de la demanda por detergentes en polvo a favor de los jabones en barra, tal como afirma el recurrente, provocado por un "incremento deliberado de precio" de los detergentes en polvo, ello simplemente conllevaría a una recomposición de las fuentes de ingreso de P&G COLOMBIA.

#### **4.4 EXISTENCIA DE BARRERAS DE ENTRADA AL MERCADO**

Las barreras constituyen todo obstáculo que impida, dificulte o demore considerablemente el acceso de potenciales competidores al mercado, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos. De esta forma, si es previsible que antes del mediano plazo no ingresaran nuevos competidores por las condiciones existentes en el mercado, se dirá entonces que existen barreras de acceso y, por lo mismo, que la resultante de la integración que adquiere poder de mercado, podrá comportarse con relativa independencia, alentada por la expectativa de que difícilmente ingresaran nuevos agentes, por lo menos en el mediano plazo.

##### **4.4.1 Inversión Inicial**

Si bien es cierto que existen un sinnúmero de alternativas de inversión, este Despacho no encuentra argumentos que le permitan inferir que tales opciones guarden correspondencia con los elementos tenidos en cuenta dentro del monto de inversión señalado en la resolución recurrida, dentro del cual se tienen en cuenta un mínimo de condiciones necesarias para que el competidor entrante pueda significar un contrapeso efectivo a P&G COLOMBIA, una vez se lleve a cabo la operación de integración informada.

En particular, la capacidad instalada asociada a los montos de inversión señalados por el recurrente no corresponde en algunos casos, ni siquiera a una décima parte de la capacidad instalada con que contaría P&G COLOMBIA una vez se llevara a cabo la operación. Por otra parte, según la información allegada por el recurrente, los montos de

<sup>42</sup> Documento de radicación No. 04074031-29. Folio 60.

inversión señalados no incluyen el rubro "instrumentación", el cual, al parecer, podría implicar un incremento del 50%<sup>43</sup> sobre el monto de la inversión señalado.

A su vez, cabe señalar que ingresar al mercado de detergentes mediante la opción de maquila implicaría posibilidades de competencia reducidas ya que el control sobre los costos, la calidad y la eficiencia del proceso no son variables que pueda controlar el competidor. Además, las empresas que han ingresado al mercado en los últimos años bajo esta modalidad, como es el caso de Casa Luker, con su marca La Joya y las Grandes Superficies con sus respectivas marcas privadas, apenas representan una participación de % y % respectivamente, en el mercado de detergentes para el lavado en lavadora, porcentajes que no implicarían una competencia efectiva para P&G COLOMBIA, compañía que alcanzaría una cuota de mercado de %, en caso de perfeccionarse la operación proyectada.

Así mismo, es importante considerar que las grandes cadenas que contratan la maquila de productos de consumo masivo para ofrecer marcas propias, tienen como principal objetivo ofrecer precios bajo o productos *loss-leader*, tales que incrementen la afluencia de compradores a sus establecimientos, motivación muy diferente a la búsqueda de una participación en el mercado de detergentes en polvo que pudiera representar presiones competitivas para las involucradas.

Por consiguiente, **no se vislumbran elementos de prueba objetivos** que permitan prever que los escenarios propuestos por el recurrente significarían la conformación de una empresa con la capacidad suficiente para competir de manera efectiva con P&G COLOMBIA, en caso de realizarse la operación proyectada, toda vez que no existe evidencia que permita afirmar que una inversión diferente a la tenida en cuenta en la resolución recurrida pueda ser considerada igualmente viable en cuanto al éxito del negocio.

#### 4.4.2 Inversión en publicidad

En lo referente a este tópico, es importante señalar que en la información recopilada por este Despacho se cita de manera reiterada por los competidores la importancia de realizar inversiones publicitarias en el mercado de detergentes en polvo para alcanzar importantes cuotas de mercado<sup>44</sup>. Si se tiene en cuenta la información aportada por las intervinientes respecto de los montos de inversión para la introducción de nuevos productos y las innovaciones en detergentes en polvo en los últimos años, se observa que del total de inversión efectuado por COLGATE en los dos últimos años (\$ millones), el 69% (\$ millones) corresponde a pauta publicitaria<sup>45</sup>, resultando evidente el alto costo que este rubro representa. Una situación similar se presenta con P&G COLOMBIA, compañía que invirtió \$ millones, de los cuales el 51% (\$ millones) correspondió a pauta publicitaria<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Documento de radicación No. 04074031-35. Anexo 3. Folios 41 y 50.

<sup>44</sup> Documentos de radicación Nos. 04074031-16, 04074031-17 y 04074031-20.

<sup>45</sup> Documento de radicación No. 04074031-29. Folio 57.

<sup>46</sup> Documento de radicación No. 04074031-29. Folio 58.

Así, pues, dadas las características del mercado, y en particular los factores con los cuales compiten los productos/empresas líder, una empresa entrante que quiera disminuir el alto riesgo de invertir en un mercado altamente concentrado como lo sería el de detergentes, en caso de llevarse a cabo la operación proyectada, debe necesariamente presupuestar un monto considerable de su inversión para pautas publicitarias que en alguna medida aseguren la venta de su producto.

Ciertamente la existencia de marcas reconocidas no constituye una barrera infranqueable para los competidores entrantes. Sin embargo, ante un escenario como el arriba descrito, quien desee ingresar al mercado de detergentes en polvo y hacer competencia efectiva a los productos de las marcas FAB, LAVOMATIC y ARIEL, ha de procurar que sus marcas sean, cuando menos, conocidas por su mercado objetivo, lo que supone necesariamente inversión ingente de recursos económicos, como un espacio de tiempo mínimo, que permita que el consumidor empiece a identificar sus productos y a demandarlos en el mercado.

Es esta circunstancia la que constituye la barrera de acceso al mercado, pues mientras el entrante consigue la recordación de su marca, quien ostenta poder de mercado podrá seguir portándose con relativa independencia, ante la ausencia de competidores actuales o potenciales que lo puedan disuadir de sus determinaciones. Por tal razón, este Despacho discrepa de los argumentos esgrimidos por el recurrente, y considera que en el presente caso, el posicionamiento de las marcas señaladas sí constituye una barrera que aunque no impide el ingreso de potenciales competidores, si demora o retrasa su competencia efectiva.

De otra parte, resulta importante tener en cuenta que el objetivo perseguido por la empresa DERSA en la comercialización de su producto es fijar un precio razonable, de manera tal que sea adquirido con fines multipropósito<sup>47</sup>, mientras que las sociedades intervinientes intentan mediante la publicidad diferenciar su producto, enfocándolo de manera prioritaria al lavado y cuidado de las prendas y no al uso multipropósito en las diferentes actividades de limpieza del hogar. Así, pues, en razón a las diferencias enunciadas, es posible afirmar que un producto que pueda significar una competencia efectiva para los productos elaborados por las intervinientes debe, cuando menos, contar con una trayectoria de reconocimiento de su calidad en cuanto al cuidado y lavado de ropa, lo cual no ocurre en productos con baja inversión publicitaria y, en consecuencia, bajo reconocimiento de marca<sup>48</sup>.

De acuerdo con lo anterior, se observa que la capacidad de inversión en publicidad permite la diferenciación de los productos atribuyéndoles características específicas difícilmente comparables con aquellas percibidas por el consumidor en un producto como AS, lo cual se evidencia en que el consumidor está dispuesto a pagar un precio más alto por productos como FAB y ARIEL, los cuales según se observó pertenecen al segmento de marcas Premium.

<sup>47</sup> 'Estudio exploratorio del segmento Premium en detergentes' en: documento de radicación No.04074031-29, folios 344 y 345; Estudio 'Dinámica de la categoría de detergentes a la luz de la situación económica actual', en: documento de radicación No.04074031-29, folio 383.

<sup>48</sup> Resolución No. 28037 del 12 de noviembre de 2004, Superintendencia de Industria y Comercio. Hojas Nos. 18 a 20.

Como consecuencia de lo anterior, este Despacho se abstiene de aceptar los argumentos expuestos por el recurrente en lo relativo al costo e importancia de la inversión publicitaria, por cuanto **no existen** elementos que permitan inferir que una empresa que desee ingresar en este mercado pueda abstenerse de realizarla.

#### 4.4.3 Canales de distribución

Afirma el recurrente en su escrito que como consecuencia de la operación P&G COLOMBIA no adquiriría poder de negociación frente a las grandes cadenas por cuanto las ventas de sus productos les representarían a estas últimas, a lo sumo, un 1,4%, respecto de sus ventas.

Este despacho se aparta de tal afirmación, por cuanto las ventas que deben ser tenidas en cuenta para realizar este cálculo no pueden corresponder a las ventas totales de la cadena sino a las ventas de la categoría a la cual pertenecen los productos de las intervinientes. Haciendo esta aclaración, se encuentra que las marcas adquiridas junto con las que posee P&G COLOMBIA, pasarían a representar entre un y % de la categoría de detergentes que maneja una cadena<sup>49</sup>.

A lo anterior, se suma que la cadena ubica en sus estanterías un número determinado y reducido de marcas, según el comportamiento del volumen de ventas, lo que representa una dificultad para el ingreso de nuevos productos, dada la falta de espacio disponible para su exhibición. Por ende, la operación proyectada le otorgaría un poder de mercado a P&G COLOMBIA en su negociación con las cadenas en la categoría de detergentes en polvo al poseer las marcas de mayores ventas (ARIEL, RINDEX, BOLD, FAB y LAVOMATIC), que podría ser reforzado con el portafolio de marcas y productos que ésta compañía maneja.

#### 4.4.4 Canal Tradicional

El recurrente afirma que el análisis de los canales de distribución, se circunscribe a aquella realizada a través de las grandes cadenas, dejando de lado un % de las ventas que es distribuido a través del canal tradicional.

Como fue señalado en el numeral 4.6.4 de la resolución recurrida, el ingreso a un mercado como el de detergentes en polvo, entendido como un mercado de productos de consumo masivo, tiene como requisito de supervivencia obtener el reconocimiento y aceptación del producto por parte del consumidor para lograr una demanda y para que los distribuidores se interesen en la intermediación de los mismos, toda vez que son productos que representan ganancias solo en la medida en que se alcance cierta escala de volumen. Ello implica, como se explicó anteriormente, cuantiosas inversiones en publicidad. Bajo este entendido, es viable prever que la distribución de productos puede constituirse en una barrera de entrada al mercado, toda vez que presupone la existencia de condiciones favorables que permitan al productor garantizar al distribuidor la rentabilidad de prestarle el servicio de distribución.

Vale la pena señalar, que en el canal de distribución tradicional no es común el lanzamiento, por parte de tenderos o pequeños comercializadores, de productos bajo marcas propias; por ende, no es posible observar que al interior de este canal existan

<sup>49</sup> Tabla No. 15. Ventas de detergentes en polvo por marca y proveedor en las cadenas de supermercados. Resolución No. 28037 del 12 de noviembre de 2004, Superintendencia de Industria y Comercio. Hoja No. 24.

marcas de detergentes distintas a las existentes en las grandes cadenas, que pudieran eventualmente significar alguna presión competitiva para P&G COLOMBIA una vez se realice la operación objeto de estudio. Lo anterior, aunado a las escasas fuentes de competencia que prevalecerían en el mercado, hace que de realizarse la operación informada se reduzcan de manera importante las opciones de compra del consumidor al interior del canal tradicional.

En el mismo sentido, es importante tener en cuenta la restricción de espacio que se tiene en este canal, la cual hace que el tendero mantenga un menor número de marcas; en consecuencia, la participación de las involucradas en la "categoría de detergentes" mantenida por un tendero podría ser mas preocupante que en el caso de las grandes cadenas. Así, pues, es claro que en la distribución a través del canal tradicional, la operación de integración informada no sólo tendría por efecto generar un desequilibrio en el poder de negociación a favor de P&G COLOMBIA, sino que adicionalmente reduce la competencia al interior del canal.

Para el competidor entrante, que es frente a quien deben analizarse las barreras, organizar una red de distribución que le permita un alcance y cobertura similar a la que tiene P&G COLOMBIA, aunque no le es imposible tampoco le resultará una tarea fácil, pues requerirá una fuerte labor logística y de conexión, como la inversión de grandes recursos económicos, **todo ello traducido en tiempo durante el cual quien tiene poder de mercado, podrá continuar determinando unilateralmente las condiciones bajo las cuales opera.**

De otra parte, el recurrente señala que bajo el entendido que COLGATE no está cediendo a P&G COLOMBIA su capacidad logística de distribución, por lo que en su criterio, este Despacho incurre en un error al afirmar que con la operación de integración, P&G COLOMBIA adquirirá una mayor capacidad para la distribución de sus productos.

Al respecto, es importante resaltar que la citada resolución hace referencia a que en caso de llevarse a cabo la operación proyectada, se producirían restricciones sobre la competencia en los mercados relevantes definidos, dado que se incrementarían las barreras a la entrada a los canales de distribución existentes, lo que en particular hace referencia a la obtención de ventajas motivadas en el incremento de poder de mercado generado por la operación, mas no en una mayor capacidad para la distribución de los productos.

#### 4.4.5 Competencia Potencial

El recurrente señala que los costos arancelarios asociados a las importaciones de detergente en polvo no se constituyen en una barrera de entrada. Al respecto, cita los diferentes acuerdos, tanto bilaterales como multilaterales, que ha negociado Colombia con países vecinos y señala, al mismo tiempo, las preferencias arancelarias otorgadas al comercio entre estos países en virtud de dichos acuerdos.

Sobre este tópico, es preciso señalar que las barreras de entrada que enfrentan los productores no se circunscriben de manera aislada a los gravámenes arancelarios, sino que involucran todos y cada uno de los criterios de competitividad que debe tener en cuenta un productor para colocar su producto en un país vecino.

Sobre este punto específico, este Despacho hizo referencia en la resolución recurrida a los sobrecostos de importar este tipo de productos, entre los cuales fueron citados los gravámenes arancelarios y fiscales, sino también se consideraron conceptos como fletes y seguros de transporte, así como los costos de comercialización y publicidad en el territorio nacional.

Cabe destacar, que uno de los factores determinantes de la decisión de exportar un producto son los fletes, que corresponden a un rubro considerable frente al costo del producto, aspecto este que no fue desvirtuado en el escrito de impugnación.

En todo caso, no se encuentra evidencia contundente que permita vislumbrar que un productor extranjero de detergentes estaría interesado en ingresar este tipo de productos al país en caso de presentarse un incremento del precio interno, pues el recurrente, pese a considerar factible la introducción de productos procedentes de tales países, **no aporta información acerca de la capacidad e incentivos de mercado que existen para crear oferta exportable por parte de los países vecinos**. En suma, el recurrente no aporta evidencia, que permita a este Despacho constatar:

- Si los productores extranjeros disponen de capacidad ociosa disponible para acceder al mercado externo;
- Si los productores extranjeros muestran o han mostrado en el pasado reciente, una orientación exportadora;
- El destino, evolución y volumen de las exportaciones de aquellos productores posicionados en mercados vecinos;
- El precio al que debería venderse el detergente importado en el mercado nacional, para cubrir sus costos de importación y ser competitivo frente al precio de los detergentes nacionales.

Por otra parte, es posible prever que de llevarse a cabo la operación, las condiciones de mercado que prevalecerían - mercado altamente concentrado y de características monopólicas - tienden a desincentivar de manera importante el ingreso de detergente en polvo al país, toda vez que las posibilidades de éxito en la penetración del nuevo entrante se reducen.

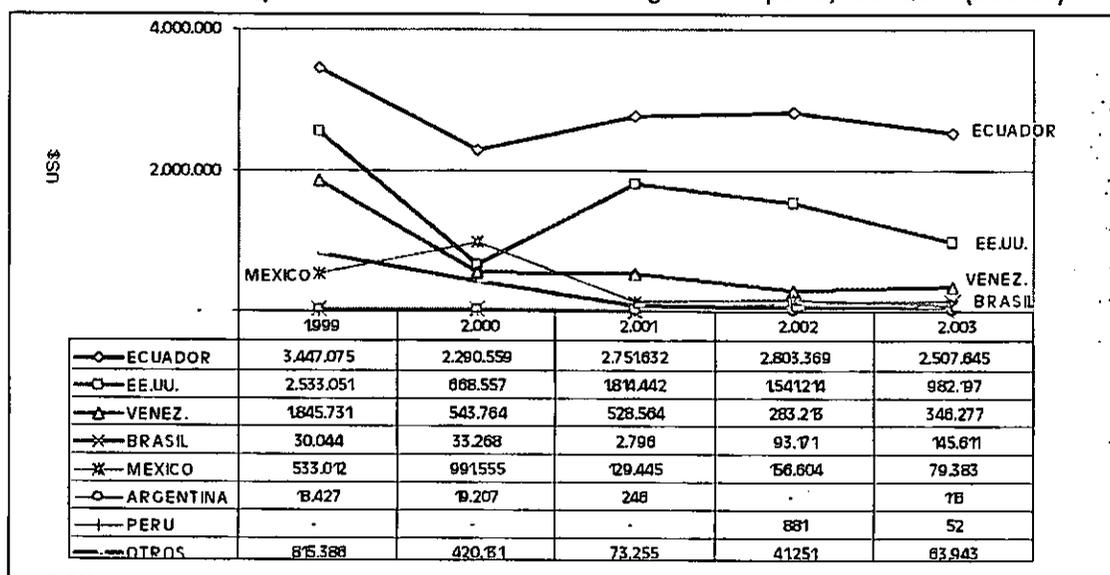
Adicional a lo anterior, es importante destacar la importancia de observar la evolución del comercio en el desarrollo de todo tipo de análisis de mercado, considerada como información indispensable para la valoración cualitativa de las cifras que del mismo pudieran obtenerse. Al respecto, el recurrente no expone los motivos por los cuales considera errado que el Despacho fundamente parte de sus apreciaciones en el comportamiento del mercado, en particular, en la participación de las importaciones dentro de la demanda nacional, las cuales **apenas representan un 3% de las ventas totales nacionales de detergentes**, que en todo caso, corresponden a las importaciones incluidas en la *sub* partida arancelaria, lo que quiere decir que dentro de la misma no están exclusivamente detergentes en polvo comparables como los de la transacción que se proyecta, sino que pueden haber otras categorías que reduzcan aún más este porcentaje frente al caso específico.

Bajo este entendido, no es factible admitir los argumentos incluidos en el recurso, toda vez que es posible inferir, a partir de la observación del comportamiento de las importaciones, que los detergentes en polvo no son un producto altamente transables en la subregión y, en consecuencia, las importaciones no pueden ser consideradas como competencia

potencial o efectiva para las sociedades intervinientes. Lo anterior resulta especialmente válido si se tiene en cuenta que los acuerdos de comercio citados por el recurrente cobraron vigencia hace varios años y que a pesar de su existencia y las condiciones del mercado colombiano, la importación de detergentes en polvo no se ha visto afectada de manera reveladora.

Antes por el contrario, de acuerdo con el comportamiento durante los últimos cinco años de las importaciones de detergentes en polvo a Colombia, se encuentra que estas presentan una tendencia decreciente, particularmente las provenientes de Ecuador, Estados Unidos, Venezuela y México, tal y como se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico No. 3. Importaciones de Colombia de detergentes en polvo, 1999-2003 (dólares)



Fuente: PROEXPORT. <http://www.proexport.com.co>

La situación antes señalada, contrasta con el comportamiento de las ventas nacionales de detergente en polvo, las cuales han registrado un incremento, pasando de \$ millones en 1999 a \$ millones en el 2003,<sup>50</sup> lo que permite suponer, que durante los últimos años ha existido una sustituibilidad de las importaciones por producción local.

Así mismo, podría incluso inferirse que tal comportamiento del comercio, evidencia un mercado de detergentes con tendencia local, el cual muestra que los fabricantes, como el caso de las intervinientes, tienden a establecer plantas de producción en los distintos países, esencialmente para el abastecimiento de mercados locales o nacionales. Bajo el escenario descrito, un empresario que hasta el momento no ha encontrado incentivos para hacerlo, encontraría menos viable ingresar a este mercado una vez se lleve a cabo la operación de integración propuesta.

Para quien pretende incursionar un mercado, la presencia de agentes económicos con capacidades ociosas considerables, sí supone un efecto disuasorio, pues no solo implica la existencia de una demanda aparentemente satisfecha, sino la capacidad que tiene el agente actual en el mercado para incrementar en cualquier momento su producción, sin que sus costos fijos aumenten.

<sup>50</sup> Documento radicado bajo número 04074031-29, folio 251. Estudio AC NIELSEN.

De esta forma, quien pretenda ingresar bajo esta condición, tendría que asumir los costos propios de penetración, afrontando el panorama poco halagüeño de un mercado maduro con una demanda satisfecha, en el que existen unos agentes económicos que han tenido tiempo para recuperar el costo de acceso, y que adicionalmente cuentan con la posibilidad de incrementar en cualquier momento su capacidad de producción, sin tener que aumentar sus costos fijos.

#### 4.5 EFECTOS RESTRICTIVOS DE LA OPERACIÓN

##### 4.5.1 Interpretación de los índices de concentración

En relación con el argumento del recurrente, según el cual, la Superintendencia basó su decisión de medición de los efectos de la operación, basándose exclusivamente en los índices de concentración, es pertinente puntualizar que las conclusiones a las que se llegara en la resolución impugnada, están soportadas en el análisis conjuntivo de distintas variables que apuntan en un mismo sentido.

Si se revisa con detenimiento el acto atacado, se observa que adicionalmente a las cuotas de participación en el mercado, antes y después de la operación proyectada, se tuvo en cuenta los niveles de producción, la capacidad ociosa de las empresas, los hábitos de consumo, el comportamiento de las marcas, y naturalmente las barreras de acceso al mercado, entre otros aspectos.

De igual forma, quedó claro en la citada resolución que la interpretación dada al resultado de los índices no va mas allá de caracterizar al mercado como altamente concentrado, lo que resulta luego de calcular e interpretar los resultados de cada uno de los índices de concentración comúnmente utilizados para el análisis de operaciones de integración; de lo cual se puede concluir que:

- La situación de concentración se incrementaría en forma considerable en el mercado de lavado en lavadora como consecuencia de la operación propuesta.
- La operación de concentración propuesta supondrá el fortalecimiento de P&G COLOMBIA en el mercado relevante de lavado en lavadora.
- P&G COLOMBIA se constituiría en la nueva empresa líder y ostentaría una participación de % en el mercado, aumentando considerablemente la brecha existente con sus mas cercanos competidores.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la interpretación y conclusiones realizadas por este Despacho a partir de los resultados obtenidos del cálculo de los índices de concentración, no motivaron exclusivamente la decisión adoptada mediante la resolución recurrida. Así fue puesto de presente en el punto 4.7.1 del acto recurrido al señalar que *"[d]e adelantarse la operación P&G COLOMBIA lograría una cuota alta en el mercado nacional de detergentes para el lavado en lavadora, que aunada a las barreras de entrada existentes, estaría en condición de determinar las condiciones del mercado de manera independiente a sus competidores y consumidores."* (subrayado fuera de texto).

En consecuencia, este Despacho se aparta de lo afirmado por el recurrente en cuanto a que la resolución recurrida haya sobredimensionado el alcance de los resultados obtenidos del cálculo de los índices de concentración, los cuales, si bien son importantes dentro del análisis y fundamentan parte de la decisión, no fueron los únicos elementos de juicio tomados en cuenta por este Despacho.

#### 4.5.2 Condiciones de competencia en el canal de supermercados

El recurrente señala que en el canal de las grandes cadenas, los detergentes en polvo ofrecidos por las sociedades intervinientes enfrentan fuertes presiones competitivas, ya que en este canal, además de existir productos de marcas propias con un precio bajo, se realizan promociones constantemente. Al respecto, no es posible admitir el argumento esgrimido por el recurrente, toda vez que se observa que una porción importante de las promociones de las grandes cadenas corresponden a aquellas realizadas con los productos de las intervinientes<sup>51</sup>.

Adicionalmente, es importante resaltar lo señalado en apartados anteriores, relativo a las características que debe tener un detergente en polvo para que pueda representar una competencia efectiva frente a los productos afectados por la operación proyectada. Como se explicó, frente al caso del producto AS fabricado por DERSA, los productos con baja inversión publicitaria a los cuales se asocian marcas de bajo reconocimiento y que por tanto ofrecen un precio bajo al consumidor, no pueden ser considerados una competencia efectiva frente a las marcas FAB y LAVOMATIC, toda vez que su demanda es multipropósito y están dirigidas a un segmento de la población diferente.

#### 4.5.3 Caracterización del producto por modelo de negocio

Señala el recurrente que existen dos modelos de negocio aplicables a todas las categorías de productos de consumo masivo, aquel basado en marcas diferenciadas por beneficios y el modelo basado en marcas diferenciadas por precio. Al aplicarse tales definiciones de negocio al mercado de detergentes en polvo, se encuentra que productos como los ofrecidos por las intervinientes encuadran dentro de la definición de modelo de negocio de marcas diferenciadas por beneficios. Bajo la misma clasificación sería posible catalogar dentro del modelo de negocio de marcas diferenciadas por precio, a los productos ofrecidos por las grandes cadenas bajo marcas propias, e incluso a detergentes como AS, elaborado por la empresa DERSA.

<sup>51</sup> En cuanto a las promociones, se encuentra que la mayoría de cadena de supermercados las efectúa a lo largo del año. Existen promociones efectuadas por el fabricante, las cuales consisten en extra contenidos, amarres o descuentos que aplican para todo el mercado y que obedecen a iniciativas del fabricante, sin un calendario o sin un número definido de promociones durante el año. Y hay promociones efectuadas por la cadena en las cuales se realizan a lo largo del año y se otorgan descuentos según negociación efectuada entre la cadena y los proveedores.

Al respecto, se encuentra que la mayoría de las promociones efectuadas de detergente en polvo al año en los supermercados corresponden a productos de las intervinientes, como puede observarse en la siguiente tabla:

	Promoción de detergentes en polvo 2004				
	PROVEEDORES				
	P&G	COLGATE	MARCA PROPIA	DERSA	TOTAL
TOTAL PROMOCIONES	49%	22%	8%	22%	100%
PRODUCTOS PARTICIPANTES	40%	26%	14%	19%	100%
REBAJAS DE PRECIOS	37%	40%	5%	17%	100%

Fuente: Documento de radicación No. 04074031-21, folio 5; No. 04074031-22, folio 3; No. 04074031-23, folio 9; No. 04074031-24, folio 4; No. 04074031-25, folio 5; No. 04074031-26, folios 3 y 5; No. 04074031-28, folio 2.

Así mismo, señala el recurrente que las marcas diferenciadas por beneficio se caracterizan por:

- Ofrecer al consumidor valores agregados que resultan de la investigación y mejora constante del producto,
- Requieren de una fuerte inversión de capital en maquinaria para cumplir los procesos de calidad, y
- Requieren de una fuerte inversión de capital en maquinaria para disponer de tecnología necesaria para obtener productos terminados de alto valor agregado.

En lo que hace a las marcas diferenciadas por precio, señala que el modelo se basa en una venta masiva de productos que proporcionan un beneficio básico a un nivel de precios muy bajo, lo que implica inversiones de capital mínimas en maquinaria y publicidad.

De acuerdo con lo anterior, se hace mas evidente que productos como los denominados bajo marcas propias o que no poseen un reconocimiento<sup>52</sup> y recordación de sus marcas, tales como AS/DERSA, no puedan ser percibidos por el consumidor como productos comparables con ARIEL, FAB o LAVOMATIC, por cuanto sólo les satisfacen un beneficio básico, cuando el consumidor en realidad está buscando los mejores resultados en el lavado de sus prendas, tal como lo señalan los diferentes estudios de perfil de consumidor, allegados por las sociedades intervinientes.

#### 4.5.4 Capacidad de reacción de los competidores

Señala el recurrente, que marcas como DERSA, TOP y las marcas privadas tienen capacidad de competir por precios con los productos de las intervinientes, impidiendo un abuso de su posición de dominio. Al respecto, es necesario mencionar que incluso en la actualidad los productos de las marcas señaladas basan su estrategia competitiva en ofrecer al público productos con precios bajos. No obstante, al observar la estructura de mercado, se aprecia que el mayor porcentaje de mercado se encuentra en manos de las intervinientes, con lo cual se evidencia que a pesar que el consumidor puede adquirir productos económicos, sus preferencias lo llevan a adquirir productos de alto reconocimiento sin importar el costo adicional que ello representa. Lo cierto es que las marcas de bajo precio no han representado un contrapeso efectivo para las marcas Premium pertenecientes a las sociedades intervinientes, por cuanto estas han logrado posicionar las marcas de sus productos. Por lo demás, el *target* de ambos segmentos, como se ha indicado a lo largo de esta providencia, es totalmente diferente.

#### 4.6 ANÁLISIS DE LAS EFICIENCIAS GENERADAS POR LA OPERACIÓN

Afirma el recurrente, que este Despacho incurre en un error al estimar los montos de producción que P&G COLOMBIA estaría en capacidad de lograr si utilizara su capacidad ociosa al 100%. Argumenta que la capacidad instalada de P&G COLOMBIA no puede ser utilizada al 100% sino al 79%, en razón a tiempos de desuso necesarios dentro del proceso productivo.

<sup>52</sup> Fuente: Información aportada por las intervinientes, documento de radicación 04074031-29, estudio "Powder Detergents", elaborado por IPSOS-ASI para COLGATE, año 2003, Págs. 30, 69 y 79, citados en la Resolución No. 28037 del 12 de noviembre de 2004, Superintendencia de Industria y Comercio. Hojas No: 18 a 20.

A pesar de que el recurrente no acompaña elementos que soporten su apreciación, aún en el evento que este Despacho reconozca lo anterior, los argumentos esgrimidos por las involucradas solo permiten demostrar el 21% del monto total reportado como eficiencias generadas por la operación. Igualmente, no existen elementos que permitan prever que las eficiencias generadas pudieran ser trasladadas al consumidor de manera tal que hiciera neutro el efecto de la operación en el mercado.

De otra parte, el recurrente argumenta que la operación de integración generaría eficiencias al reducir el costo de las materias primas que se adquieren para el proceso productivo. Lo anterior, en razón a que con motivo de la operación, los volúmenes de compra de materia prima se incrementarían y, en esa medida, P&G COLOMBIA tendría acceso a descuentos especiales. Vale la pena señalar que la obtención de descuentos por volumen, son reconocidos como un claro reflejo del poder de mercado que conlleva una operación de esta índole, cuestión que dista mucho de representar una eficiencia que cumpla con lo previsto en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992.

Finalmente, tal y como se señaló en la resolución recurrida, el despacho carece de elementos y soportes constatables que permitan verificar la existencia de las eficiencias aducidas por las intervinientes.

#### **4.7 LOS CONDICIONAMIENTOS PROPUESTOS NO PERMITEN EL RESTABLECIMIENTO DE LA COMPETENCIA EFECTIVA**

En el recurso interpuesto, y como pretensión subsidiaria, se solicita tener en cuenta los condicionamientos presentados, a efectos de que no se objete la operación analizada. Básicamente los condicionamientos propuestos consisten en:

- a. Mantener las marcas adquiridas, manteniendo la inversión en publicidad efectuada en el año 2003.
- b. Mantener un balance en el contenido de la publicidad, para no favorecer a los detergentes frente a los jabones barra, ni desacreditarlos.
- c. No reducir la oferta de jabones en barra y detergentes, respecto de la oferta del año 2003.
- d. Mantener disponible hasta el 10% de su capacidad ociosa para ofrecerla bajo contrato de maquila a los competidores, absteniéndose de imponer condiciones discriminatorias.
- e. Licenciar o vender la marca LAVOMATIC.

Al respecto es importante señalar, que el presupuesto necesario de un condicionamiento consiste en neutralizar los efectos indeseables que para el mercado podría suscitar una operación de integración, **procurando el reestablecimiento efectivo de la competencia de modo perdurable.**

Bajo este entendido, los compromisos correspondientes a los literales a, b, c y d, no tienden a reestablecer la competencia efectiva, sino a aminorar algunos de los posibles efectos negativos de la operación propuesta, motivo por el cual no pueden ser aceptados. Por lo demás, aún aceptando en gracia de discusión, que los condicionamientos pueden estar dirigidos a eliminar los posibles efectos negativos de una operación de integración –que no lo es–, los mismos no neutralizan el poder de mercado que estaría adquiriendo P&G COLOMBIA, ni mucho menos la posibilidad con que quedaría de determinar los precios en el mercado, por cuanto podría, sin necesidad de propiciar una escasez de sus productos, incrementar los precios de los mismos. Adicionalmente, no existe certidumbre respecto a la

manera en que serían materializados tales compromisos, motivo por el cual, no resultan idóneos para los fines que se pretenden.

Respecto al ofrecimiento de licenciar o vender la marca LAVOMATIC, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente resolución, debemos señalar que tampoco resulta aceptable, pues no cumple con la condición de reestablecer efectivamente la competencia y, adicionalmente, no logra revertir el efecto indeseable sobre el mercado que produciría la operación propuesta, pues dicha marca no llega al % del mercado de lavado en lavadora, que resulta poco representativo frente al % del mercado con que quedaría P&G COLOMBIA, sin incluir esta marca, de materializarse la operación propuesta.

Así, como se reconociera en el estudio denominado "Proyecto Lavadora", allegado por las intervinientes, la marca "LAVOMATIC no representa para ellas una alternativa atractiva ni superior, pues no representa superioridad en el lavado de la ropa (...)". En consecuencia, no se vislumbra que su venta permitiría al adquiriente ejercer un contrapeso efectivo a P&G COLOMBIA de realizarse la operación de integración propuesta.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la Resolución No. 28037 del 12 de noviembre de 2004.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, en su calidad de apoderado de PROCTER & GAMBLE COLOMBIA LTDA. y de COLGATE PALMOLIVE COMPAÑIA, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que contra la presente decisión no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los 29 NOV. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,

  
JAIRO RUBIO ESCOBAR

**Notificación:**

Doctor

**ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**

CC. 19.489.933 de Bogotá

Apoderado

*PROCTER & GAMBLE COLOMBIA LTDA.*

*NIT 800.000.946-4*

*COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA*

*NIT 890.300.546.-6*

Diagonal 68 No. 11A – 38

Bogotá, D.C.

Fax. 3 13 05 73

**MARCAS - Causales de irregistrabilidad / REGISTRO DE MARCAS - Necesidad de estudiar similitud entre marcas registradas / MARCAS TOTALDENT Y COLGATE TOTAL**

Se trata de cotejar dos marcas denominativas, una simple y otra compuesta: TOTALDENT (una palabra) Y COLGATE TOTAL (dos palabras), para saber si la marca solicitada, está incurso en causal de irregistrabilidad, como lo alega la actora. Las marcas en conflicto son: TOTALDENT (nominativa) Clase 3ª internacional (marca cuestionada) y COLGATE TOTAL (nominativa) Clase 3ª internacional (marca registrada). Es claro para la Sala que la causal de irregistrabilidad consagrada en el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, exige que se consideren probados dos requisitos, de una parte la semejanza determinante de error en el público consumidor y la identidad o similitud entre los productos que se pretenden proteger con el signo, a punto de poder causar confusión en aquél. Los productos que ambas marcas pretenden proteger son de la clase 3ª internacional, para distinguir, en el caso de la marca solicitada TOTALDENT, "crema dental" y en el caso de COLGATE TOTAL, todos los productos de esta clase (folio 130). El otro requisito, esto es, que el signo cuestionado se asemeje o identifique de tal manera al anteriormente registrado, que cree confusión en el público consumidor, es decir, a la persona que va a adquirir el producto a quien también se protege a través de la marca.

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 30479 DE 2004 (10 DE DICIEMBRE) – SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / RESOLUCION 5218 DE 2005 (10 DE MARZO) – SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / RESOLUCION 24617 DE 2005 (28 DE SEPTIEMBRE) – SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

**FUENTE FORMAL:** DECISION 486 – ARTICULO 136 LITERAL A - COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA

**ANALISIS DE DISTINTIVIDAD - Signos / MARCAS TOTALDENT Y COLGATE TOTAL - Inexistencia de similitudes fonética y conceptual / MARCA TOTALDENT - Inexistencia de semejanza con marca COLGATE TOTAL / TOTALDENT - Expresión de fantasía**

El análisis de distintividad debe hacerse valorando los signos sin descomponer la unidad de cada uno, para verificar si el todo prevalece sobre las partes; es así como desde el punto de vista visual, es decir de la estructura de la palabra, se tiene que la marca solicitada comprende sólo una expresión y está estructurada por 9 letras cuya composición es diferente respecto de la marca cuya titular es la demandante, que está conformada por 2 expresiones y consta de 12 letras, lo cual le da distintividad. Fonéticamente, se tiene que las marcas son diferentes: TOTALDENT. COLGATE TOTAL. La primera se pronuncia como una sola palabra y la segunda como dos perfectamente distinguibles; la sílaba tónica no es la misma, la sucesión de vocales no está en el mismo orden, luego la sonoridad difiere. Desde el punto de vista conceptual, también son diferentes las marcas enfrentadas. En efecto, TOTALDENT es una expresión de fantasía resultante de la unión de dos palabras, TOTAL y DENT, la primera que se utiliza en el idioma español con la acepción de TODO o COMPLETO, y la segunda DENT, alusivo a diente o dental, expresión esta que trasmite al consumidor una idea sobre el producto y, la marca registrada, que como ya se observó, va acompañada del vocablo COLGATE, que la hace diferente de la primera.

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 30479 DE 2004 (10 DE DICIEMBRE) – SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / RESOLUCION 5218 DE 2005 (10 DE MARZO) – SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO /

RESOLUCION 24617 DE 2005 (28 DE SEPTIEMBRE) – SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

**MARCAS TOTALDENT Y COLGATE TOTAL / TOTAL - Palabra de uso común / PALABRAS DE USO COMUN - Deben eliminarse en el examen de registrabilidad de signos / ELEMENTOS DENT Y COLGATE - No tienen similitud gráfica, fonética ni conceptual / RIESGO DE CONFUSION - Inexistencia entre marcas TOTALDENT Y COLGATE TOTAL**

A lo anterior se agrega, que la palabra “TOTAL”, es un elemento común en ambas marcas, conforme lo demuestran los certificados de registro que obran a folios 120 a 128 del expediente, entre los cuales se observan la marcas nominativas registradas para proteger productos de la clase 3ª, como son, entre otras, TOTAL EFECTS para identificar cosméticos y otros; TOTAL para identificar jabones, perfumes, cosméticos, lociones y dentífricos y otros, TOTALENS para identificar los mismos productos anteriores, todas ellas de diferente titular. Siguiendo los parámetros señalados en la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia, al realizar el examen de registrabilidad de signos que contengan palabras de uso común, éstas deberán quedar eliminadas de dicho examen, y se tendrá que buscar la distintividad en el resto de elementos que conforman el signo. Luego, al eliminar el vocablo TOTAL de los signos en conflicto, los elementos restantes de cada uno serían DENT y COLGATE, los cuales no tienen ninguna similitud gráfica, fonética ni conceptual y, por lo tanto, al ser ostensiblemente diferentes, las marcas pueden coexistir pacíficamente en el mercado sin generar ningún riesgo de confusión en el público consumidor, respecto del producto y de la procedencia empresarial.

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCION 30479 DE 2004 (10 DE DICIEMBRE) – SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / RESOLUCION 5218 DE 2005 (10 DE MARZO) – SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO / RESOLUCION 24617 DE 2005 (28 DE SEPTIEMBRE) – SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00292-00**

**Actor: COLGATE PALMOLIVE COMPANY**

**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

La Sala decide, en única instancia, la demanda promovida por la sociedad COLGATE PALMOLIVE COMPANY, contra la Superintendencia de Industria y Comercio, contra los actos administrativos que concedieron el registro de la marca nominativa TOTALDENT, para distinguir productos comprendidos en la clase 3ª de la clasificación internacional de Niza, a favor de la sociedad LA FORET (SUISSE) LTD.

## I. DEMANDA

I.1- La empresa COLGATE PALMOLIVE COMPANY, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª. Es nula la Resolución N° 30479 de 10 de diciembre de 2004, proferida por el Jefe de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se concedió el registro de la marca TOTALDENT (nominativa) para amparar “crema dental”, producto de la clase 3ª de la octava edición de la Clasificación Internacional de Niza.

2ª. Es nula la Resolución N° 5218 de 10 de marzo de 2005, mediante la cual el mismo funcionario, resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando la anterior y concedió el recurso de apelación.

3ª. Es nula la Resolución N° 24617 de 28 de septiembre de 2005, proferida por el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación, confirmando la Resolución N° 30479 de 10 de diciembre de 2004.

4ª. Que como consecuencia de la declaración de nulidad de las citadas Resoluciones, se ordene a la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, cancelar de los libros de registro el Certificado de registro que se otorgó para la marca TOTALDENT (nominativa) a favor de LA FORET (SUISSE) LTD., para amparar “cremas dentales” productos de la clase 3ª de la octava edición, de la Clasificación Internacional de Niza.

5ª. Que se ordene la publicación de la sentencia que se profiera, en la Gaceta de Propiedad Industrial.

6ª. Que se ordene a la División de Signos Distintivos de la demandada, dictar dentro de los 30 días siguientes a la comunicación del fallo, la Resolución correspondiente, en la cual se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento, tal como se establece en el artículo 176 del C.C.A.

## I.2- FUNDAMENTOS DE HECHO

La actora señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

1. La sociedad LA FORET (SUISSE) LTD., solicitó el 2 de abril de 2004, a la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, el registro de la marca TOTALDENT (nominativa) para amparar “crema dental” producto comprendido en la clase 3ª de la octava edición, de la Clasificación Internacional de Niza.

2. Que el 14 de julio de 2004, la actora presentó oposición con base en la marca COLGATE TOTAL, para amparar productos de la misma clase 3ª, por considerar que entre la marca solicitada y la registrada, existen claras similitudes que llevan al consumidor a un riesgo de confusión.

3. Señaló que mediante la Resolución N° 30479 de 10 de diciembre de 2004, la División de Signos Distintivos de la entidad demandada, declaró infundada su oposición y concedió el registro de la marca TOTALDENT (nominativa) para amparar productos de la clase 3ª de la octava edición, de la Clasificación Internacional de Niza, argumentando que las marcas en conflicto no presentan semejanzas que puedan causar riesgo de confusión o de asociación, porque cada una cuenta con elementos diferenciadores.

4. Que en respuesta a los recursos de reposición y apelación que interpuso, la entidad confirmó la Resolución, N° 30479 de 2004.

## I.3- FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones la actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1. Violación de los artículos 134 y 135, literal a) de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, porque la marca TOTALDENT no es distintiva, pues se asemeja y confunde con otras marcas registradas previamente por un tercero, específicamente con la marca COLGATE TOTAL de su propiedad; que además su marca es ampliamente reconocida en el mercado, para amparar productos de la 3ª clase internacional, específicamente dentífricos, gracias a la notoriedad de la marca COLGATE.

2. Violación del artículo 136, literal a) *ídem*, porque al carecer el signo TOTALDENT de distintividad, afecta indebidamente sus derechos, ya que esta marca se asemeja a la suya, ampara los mismos productos, lo que puede causar riesgo de confusión o de asociación.

Considera que la semejanza entre los signos en conflicto se desprende del simple cotejo visual, porque existe identidad ortográfica, reproduciéndose la marca previamente registrada en la marca posteriormente registrada, en la palabra "TOTAL".

Que hay similitud en el cotejo fonético, porque entre las marcas en conflicto existe identidad, en el término "TOTAL", dado que la pronunciación es idéntica.

Considera que la palabra "TOTAL", tiene el mismo significado en ambas expresiones, lo que genera como consecuencia que al coexistir estas dos expresiones, se presente error y riesgo de confusión.

Que en relación con la vinculación competitiva entre los productos amparados por las marcas en conflicto COLGATE TOTAL y TOTALDENT, a que hace referencia el segundo presupuesto del artículo 136 literal a), los productos amparados por ambas marcas se encuentran estrechamente relacionados en el comercio, porque la marca TOTALDENT identifica exactamente el mismo producto de la marca COLGATE TOTAL, que cubre todos los productos de la clase 3ª internacional; que en consecuencia, los productos amparados por ambas marcas se encuentran estrechamente relacionados en el comercio, son de consumo masivo, dirigidos a un consumidor medio o básico, se canalizan o distribuyen en establecimientos de comercio masivos y pertenecientes a la canasta familiar, por lo que la coexistencia de las dos marcas a nombre de titulares diferentes, puede generar el riesgo de que el consumidor crea equivocadamente que los productos de la marca TOTALDENT, son fabricados o provienen del mismo origen empresarial de los productos que tradicionalmente identifica la marca de la cual es titular la actora.

Agrega que, como los productos se distribuyen en establecimientos de comercio no especializados, su difusión se realiza por los mismos medios publicitarios; que los productos están destinados a satisfacer idéntica finalidad y que son intercambiables, lo cual hace mayor el riesgo de confundibilidad.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

II.1- La Nación - Superintendencia de Industria y Comercio, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, porque no tienen sustento jurídico. Adujo, en esencia, lo siguiente:

Que se ha insistido en diferentes actos administrativos expedidos por la entidad y en numerosas sentencias proferidas por el Consejo de Estado sobre el tema marcario, en concordancia con las normas legales vigentes, que un signo para ser registrado como marca, debe reunir las características de perceptibilidad, suficiente distintividad y susceptibilidad de representación gráfica.

Que con fundamento en lo anterior, la expresión "TOTALDENT" para distinguir productos de la clase 3ª, tiene la suficiente fuerza distintiva y, en consecuencia, no pueden llevar al público consumidor a confusión, ni sobre el producto mismo ni su procedencia empresarial, entre otras razones, porque es de resaltar que por su extensión la marca solicitada se compone de una palabra de 9 letras y la marca previamente registrada se compone de dos palabras y once letras.

Agrega que entre las dos palabras no existen semejanzas entre sí, pues existen elementos visuales, ortográficos y fonéticos bien diferenciadores y por lo tanto el registro marcario solicitado TOTALDENT permite su coexistencia en el mercado.

Que adicionalmente, las expresiones presentan una combinación de vocales y consonante distintas, la pronunciación y la sílaba tónica es diferente y en su conjunto no son confundibles.

II.2- La sociedad LA FORET (SUISSE) LTD., tercera interesada en el resultado del proceso, se opone a las pretensiones de la demanda.

En relación con el primer cargo, considera que las Resoluciones acusadas se ajustan a los artículos 134 y 135, literal a) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, porque el signo TOTALDENT cumple con las condiciones para ser considerado como marca, es decir, susceptibilidad de representación gráfica y distintividad; no constituye un signo genérico o descriptivo de los productos de la clase 3ª internacional ni es similar a ninguna otra marca previamente registrada para identificar productos idénticos o confundiblemente similares.

En cuanto al segundo cargo, considera que el signo TOTALDENT no viola las disposiciones contenidas en el artículo 136 literal a) de la Decisión 486, porque para que opere la causal de irregistrabilidad consagrada en esta norma deben ocurrir dos presupuestos, a saber: debe presentarse identidad o similitud capaz de generar confusión entre los signos independientemente considerados y debe existir identidad o similitud entre los productos o servicios identificados con las marcas.

Considera que en este caso, no existe similitud entre las marcas en conflicto, si se tiene en cuenta que la comparación debe hacerse alternativamente y no en forma simultánea; que deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias y analizarse en su conjunto y que también se debe examinar la clase de consumidor.

Concluye que es evidente que no existe ningún tipo de confusión en el plano gráfico; que fonéticamente se observa que un signo está compuesto por dos palabras y el otro por una; que la marca TOTALDENT consiste en la unión de dos palabras escritas en inglés, mientras la otra corresponde a la unión de la marca COLGATE con la expresión TOTAL; que en cuanto a la relación de naturaleza entre los productos, anota que es posible que coexistan, debido a que los signos no presentan ninguna posibilidad de producir confusión para los consumidores de productos de la clase 3ª de la clasificación internacional, porque la expresión TOTAL es común en este tipo de productos.

### **ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LAS PARTES**

La parte demandante reitera lo expresado en la demanda.

La parte demandada y el tercero interesado en las resultas del proceso, reiteraron los argumentos de la contestación de la demanda

El Procurador Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado no alegó de conclusión.

## INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la Interpretación Prejudicial 025-IP-2009, rendida en este proceso, concluyó:

*“PRIMERO: El Juez Consultante debe analizar si la marca TOTALDENT cumple con los requisitos de registrabilidad establecidos en el artículo 134 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y no se encuentra incurso dentro de las causales de irregistrabilidad previstas en los artículos 135 y 136 de la misma decisión.*

*SEGUNDO: Al cotejar marcas denominativas, el examinador deberá someterlas a las reglas para la comparación marcaria, y prestará especial atención al criterio que señala que a los signos se les observará a través de una visión de conjunto, sin fraccionar sus elementos.*

*El Juez Consultante deberá tomar en cuenta que en el caso concreto el signo opositor es denominativo compuesto y por lo tanto deberá aplicar la jurisprudencia transcrita en lo que sea aplicable al caso, es decir, deberá analizar si el elemento compuesto del signo opositor le da suficiente distintividad frente al signo solicitado, lo que, en principio, puede evitar el riesgo de confusión con el signo solicitado.*

*TERCERO: No son registrables como marcas los signos cuyo uso en relación con el comercio afectara indebidamente a un derecho de tercero y que, en relación con éstos, los signos que se pretenden registrar, sean idénticos o se asemejen a una marca ya registrada o a un signo anteriormente solicitado para registro, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, de donde resulta que no es necesario que el signo solicitado para registro induzca a confusión o asociación a los consumidores sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión o de asociación para que se configure la prohibición de irregistrabilidad.*

*El Juez Consultante deberá determinar en qué medida el signo TOTALDENT es similar a la marca registrada COLGATE TOTAL y si esta similitud es capaz de inducir a riesgo de confusión o de asociación al público consumidor.*

*CUARTO: Corresponde a la administración y, en su caso, al Juzgador determinar el riesgo de confusión o de asociación con base a reglas y principios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia señalados en la presente interpretación prejudicial y que se refieren básicamente a la identidad o a la semejanza que pudieran existir entre los signos y entre los productos o servicios que éste ampara.*

*QUINTO: Los signos evocativos sugieren ciertas cualidades, características o efectos en relación al producto o al servicio que buscan distinguir en el mercado transmitiendo a la mente del consumidor o usuario, una imagen o una idea sobre el producto o el servicio que, a través de un esfuerzo imaginativo y de inteligencia, los*

*hace diferenciar de otros, por lo que cumplen la función distintiva de la marca y en consecuencia son registrables.*

*SEXO: Palabras de uso común son aquellas que se utilizan en el lenguaje común para identificar y proteger determinados productos o servicios dentro del mercado, sin importar su origen etimológico.*

*Al realizar el examen de registrabilidad de signos que contengan palabras de uso común, éstas deberán quedar eliminadas de dicho examen y se tendrá que buscar la distintividad en el resto de elementos que conforman el signo.*

*Por otro lado se considera que, el signo registrado como marca es susceptible de convertirse en débil cuando alguno de los elementos que lo integran es de carácter genérico, contiene partículas de uso común, o evoca una cualidad del producto o servicio, deviniendo la marca en débil frente a otras que también incluyan uno de tales elementos o cualidades que, por su naturaleza, no admiten apropiación exclusiva.*

*SÉPTIMO: En los signos distintivos notoriamente conocidos convergen su difusión entre el público consumidor del producto o servicio al que el signo se refiere proveniente del uso intensivo del mismo y su consiguiente reconocimiento dentro de los círculos interesados por la calidad de los productos o servicios que él ampara, ya que ningún consumidor recordará ni difundirá el conocimiento del signo cuando los productos o servicios por él protegidos no satisfagan las necesidades del consumidor, comprador o usuario, respectivamente.*

*La notoriedad de un signo debe ser probada por quien la alega.”*

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La Superintendencia de Industria y Comercio por medio de las Resoluciones acusadas, resolvió declarar infundada la oposición presentada por la actora, COLGATE-PALMOLIVE COMPANY y concedió a la sociedad LA FORET (SUISSE) LTD. el registro de la marca TOTALDENT (nominativa) para distinguir crema dental, producto comprendido en la clase 3ª de la Clasificación Internacional de Niza, porque consideró que entre la marca solicitada y la marca COLGATE TOTAL no existe confundibilidad de ningún tipo.

Las normas de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, que el actor considera violadas por los actos acusados, señalan:

**“Artículo 134.-** *A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.*

*Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:*

- a) las palabras o combinación de palabras;
- b) ...”

**“Artículo 135.-** No podrán registrarse como marcas los signos que:

- a) no puedan constituir marca conforme al primer párrafo del artículo anterior;
- b) carezcan de distintividad.
- c) ...”

**“Artículo 136.-** No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

**a) Sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o asociación.** (Resalta la Sala).

- b) ...”.

La controversia se contrae a establecer si la marca registrada TOTALDENT (nominativa) para distinguir productos de la clase 3ª de la Clasificación Internacional de Niza, se encuentra en una causal de irregistrabilidad, como lo asegura la actora, con respecto a su marca COLGATE TOTAL de la Clase 3ª previamente registrada.

La entidad demandada mediante la Resolución N° 30479 de 10 de diciembre de 2004, pese a la oposición presentada, registró la marca TOTALDENT (nominativa), porque, en su concepto entre esta marca y la marca opositora COLGATE TOTAL (nominativa), no existen semejanzas de ningún tipo, que puedan causar riesgo de confusión o de asociación, por lo que el consumidor puede fácilmente diferenciarlas.

La Sala procede a efectuar el análisis comparativo de la marca, siguiendo los lineamientos de la Interpretación Prejudicial efectuada en este proceso, en los siguientes términos:

Se trata de cotejar dos marcas denominativas, una simple y otra compuesta: TOTALDENT (una palabra) Y COLGATE TOTAL (dos palabras), para saber si la marca solicitada, está incurso en causal de irregistrabilidad, como lo alega la actora.

Las marcas en conflicto son:

MARCA CUESTIONADA	MARCA REGISTRADA (opositora)
<b>TOTALDENT</b> (nominativa) Clase 3ª internacional	<b>COLGATE TOTAL</b> (nominativa) Clase 3ª internacional

Es claro para la Sala que la causal de irregistrabilidad consagrada en el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, exige que se consideren probados dos requisitos, de una parte la semejanza determinante de error en el público consumidor y la identidad o similitud entre los productos que se pretenden proteger con el signo, a punto de poder causar confusión en aquél.

Los productos que ambas marcas pretenden proteger son de la clase 3ª internacional, para distinguir, en el caso de la marca solicitada TOTALDENT, “crema dental” y en el caso de COLGATE TOTAL, todos los productos de esta clase (folio 130).

El otro requisito, esto es, que el signo cuestionado se asemeje o identifique de tal manera al anteriormente registrado, que cree confusión en el público consumidor, es decir, a la persona que va a adquirir el producto a quien también se protege a través de la marca.

El análisis de distintividad debe hacerse valorando los signos sin descomponer la unidad de cada uno, para verificar si el todo prevalece sobre las partes; es así como desde el punto de vista visual, es decir de la estructura de la palabra, se tiene que la marca solicitada comprende sólo una expresión y está estructurada por 9 letras cuya composición es diferente respecto de la marca cuya titular es la demandante, que está conformada por 2 expresiones y consta de 12 letras, lo cual le da distintividad.

Fonéticamente, se tiene que las marcas son diferentes:

TOTALDENT

COLGATE TOTAL

La primera se pronuncia como una sola palabra y la segunda como dos perfectamente distinguibles; la sílaba tónica no es la misma, la sucesión de vocales no está en el mismo orden, luego la sonoridad difiere.

Desde el punto de vista conceptual, también son diferentes las marcas enfrentadas. En efecto, TOTALDENT es una expresión de fantasía resultante de la unión de dos palabras, TOTAL y DENT, la primera que se utiliza en el idioma español con la acepción de TODO o COMPLETO, y la segunda DENT, alusivo a diente o dental, expresión esta que trasmite al consumidor una idea sobre el producto y, la marca registrada, que como ya se observó, va acompañada del vocablo COLGATE, que la hace diferente de la primera.

A lo anterior se agrega, que la palabra "TOTAL", es un elemento común en ambas marcas, conforme lo demuestran los certificados de registro que obran a folios 120 a 128 del expediente, entre los cuales se observan la marcas nominativas registradas para proteger productos de la clase 3ª, como son, entre otras, TOTAL EFECTS para identificar cosméticos y otros; TOTAL para identificar jabones, perfumes, cosméticos, lociones y dentífricos y otros, TOTALENS para identificar los mismos productos anteriores, todas ellas de diferente titular.

Siguiendo los parámetros señalados en la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia, al realizar el examen de registrabilidad de signos que contengan palabras de uso común, éstas deberán quedar eliminadas de dicho examen, y se tendrá que buscar la distintividad en el resto de elementos que conforman el signo.

Luego, al eliminar el vocablo TOTAL de los signos en conflicto, los elementos restantes de cada uno serían DENT y COLGATE, los cuales no tienen ninguna similitud gráfica, fonética ni conceptual y, por lo tanto, al ser ostensiblemente diferentes, las marcas pueden coexistir pacíficamente en el mercado sin generar ningún riesgo de confusión en el público consumidor, respecto del producto y de la procedencia empresarial.

Consecuente con lo anterior, la Sala negará las pretensiones de la demanda.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de 29 de noviembre de 2010.

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**  
Presidente

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**  
Ausente con Excusa

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

Por la cual se decide una solicitud de registro

**EL DIRECTOR DE SIGNOS DISTINTIVOS**  
en ejercicio de sus facultades legales y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que por escrito presentado el día 23 de abril de 2020, **JEGO CLEAN S.A.S.**, solicitó el registro de la Marca **SAVITEX SUAVIZANTE PARA LA ROPA** (Mixta), para distinguir productos comprendidos en la clase 3 de la Clasificación Internacional de Niza<sup>1</sup>.

**SEGUNDO:** Que publicado en la Gaceta de Propiedad Industrial No. 891 del 15 de mayo de 2020, la sociedad **COLGATE-PALMOLIVE COMPANY** presentó oposición con fundamento en las causales de irregistrabilidad establecidas en los literales a) y h) del artículo 136 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Lo anterior con fundamento, entre otros, en los siguientes argumentos:

*(...) 3.1.1.1 Las marcas SUAVITEL conforman una familia de marcas: Inicialmente, consideramos muy relevante poner en consideración de esta Dirección que los registros fundamento de la oposición forman una familia de marcas donde el elemento común es la expresión SUAVITEL, en muchas ocasiones con una tipografía específica, la cual es completamente reproducida por la marca solicitada, lo que inevitablemente generará que los consumidores asocien los signos cotejados.*

*3.1.1.2 La expresión SUAVIZANTE PARA LA ROPA es descriptiva. Adicionalmente, también queremos llamar la atención sobre el hecho que la expresión SUAVIZANTE PARA LA ROPA es completamente descriptiva de los productos solicitados pues está informando directamente al consumidor que el producto cuando es utilizado tiene como efecto que SUAVIZA LA ROPA. Dicho de otro modo, está describiendo una característica esencial del producto que pretende identificar, pues está informando de forma directa y exclusiva que el producto al ser usado suaviza al tacto las prendas de vestir. (...)*

*(...) Como se hace evidente, el hecho que la marca solicitada reproduzca la estructura de la marca de mi representado (SUAVITEL / SAVITEX) cambiando unas cuantas letras que de igual forma generan una misma impresión visual y que reproduzca completamente la tipografía, disposición y color de la marca de mi representado, no solo genera que tengan la misma impresión gráfica, sino que deja en evidencia la voluntad del solicitante en cuanto a valerse de la reputación que SUAVITEL goza en el mercado para este tipo de productos. En efecto, al realizar una comparación de los elementos nominativos y gráficos de la marca solicitada se observa que tienen una misma longitud, que usan la misma tipografía gruesa y con letra cursiva donde la “S” inicial tiene una curva especial y es de mayor tamaño que el resto de las letras; todo lo anterior en una combinación de letras azules oscuras y blanco. (...)*

*(...) Como es de esperarse, debido a la reproducción parcial de las marcas SUAVITEL, la impresión ortográfica de las marcas en cotejo es prácticamente*

<sup>1</sup> 3: Suavizantes para la ropa; suavizantes de textiles.



Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

*idéntica. En efecto, tienen casi el mismo número de letras (7 v. 8), mismo número de sílabas (3), misma secuencia vocálica (A-I-E), y prácticamente las mismas raíces y terminaciones (SUA-SA / TEL-TEX). (...)*

*(...) Como se puede observar de lo anterior, las marcas cotejadas pretenden identificar exactamente el mismo tipo de producto que tiene una finalidad muy puntual, a saber, suavizantes de tela y ropa, de forma que los productos son intercambiables debido a que cumplen con la misma función de suavizar la tela de la que están hechas las prendas de vestir. En consecuencia, el consumidor podrá ver satisfecha esta necesidad independientemente del producto que adquiera, a saber, SUAVITEL o SAVITEX, y asumirá que se trata de un mismo producto con un mismo grupo empresarial pues, además de identificarse bajo marcas similarmente confundibles, como ya se demostró; identifican exactamente el mismo tipo de producto. (...)*

*(...) 3.2 La marca solicitada está incurso en la causal de irregistrabilidad contenida en el literal h) del artículo 136 de la Decisión 486: Las evidentes similitudes entre las marcas SUAVITEL y SAVITEX confirman que la marca solicitada constituye una reproducción e imitación de la marca notoriamente conocida de mi representada. De este modo, y como se demostró a cabalidad en el punto 3.1.3 supra el hecho que la marca SAVITEX guarde una misma impresión en conjunto reproduciendo también elementos gráficos propios de la marca SUAVITEL, aunada con la clarísima relación de competitividad entre las prestaciones identificadas por las marcas en cotejo, generar á sin duda riesgo de confusión y/o asociación entre los consumidores.*

*Del mismo modo, esta Dirección debe tener en cuenta que la marca notoria SUAVITEL debe ser protegida de cualquier riesgo de dilución posible, esto es, se debe prevenir que la capacidad distintiva de la marca SUAVITEL y sus elementos gráficos registrados y ampliamente usados se pueda debilitar por razones ajenas a su propietario. Lo contrario sucedería si se aceptara el registro de marcas o signos distintivos que contengan elementos muy similares a los de la marca prioritaria, menoscabando con ello el valor comercial de la misma ya que ingresos de consumidores confundidos de producto, que en principio deberían ser percibidos por mi representado, serían disfrutados por el titular de SAVITEX. (...)*

**TERCERO:** Que, mediante escrito radicado como evidencia de información el día 29 de julio de 2020, la sociedad opositora **COLGATE-PALMOLIVE COMPANY**, allega memorial de pruebas adicionales, conforme al término de prórroga solicitado en escrito de oposición y pago de tasa correspondiente.

**CUARTO:** Que dentro del término concedido y con el cumplimiento de los requisitos establecidos para tal efecto, **JEGO CLEAN S.A.S.**, dio respuesta a la oposición presentada, argumentando lo siguiente:

*(...) Diferencias entre los signos cotejados: Los signos confrontados son los siguientes:*

Signo Solicitado	Marca Base de la Oposición
	

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

*A renglón seguido se procederá a realizar un análisis tendiente a demostrar las diferencias existentes entre los signos antes representados. Ello, con el fin de concluir que, de concederse el signo solicitado a registro, no se generaría riesgo de confusión en el mercado.*

*En primer lugar, debemos resaltar que los signos confrontados son nominativos y mixtos.*

*Diferencias desde el punto de vista ortográfico: Sea lo primero indicar que, como se desarrollará a continuación, las siguientes partículas, en su totalidad, deben considerarse como débiles o de uso común: SAVI: Relativo a la sábila. TEX: Relativo a los textiles. SUAVI: Relativo a la suavidad. TEL: Relativo a las telas. (...)*

*(...) Al analizar los signos a nivel ortográfico, es importante tener en cuenta que, si bien comparten algunas letras, contienen diferencias que permiten su coexistencia pacífica en el mercado.*

*En efecto, las secuencias vocálicas, consonánticas y silábicas de los signos comparados son completamente diferentes y ello conlleva a que no se genere riesgo de confusión. (...)*

*(...) En efecto, podemos observar que, actualmente, coexisten múltiples marcas registradas o en trámite, para identificar productos/servicios de la clase 3ª (productos para el aseo, higiene y limpieza), que comparten las partículas SAVI, TEX, SUAVI y TEL.*

*Por ende, las partículas SAVI, TEX, SUAVI y TEL, individualmente consideradas, indican, clara y directamente una característica del producto que las marcas en cotejo pretenden amparar y son expresiones de uso común en el mercado, que deben permanecer en la esfera del libre uso por cuenta de cualquier competidor. (...)*

*(...) Igualmente, es preciso anotar que factores como la globalización económica han generado que, a lo largo de los últimos años, exista un considerable aumento en las solicitudes de registros marcarios, un auge en el nacimiento de pequeñas y medianas empresas y un consumidor más atento y racional al momento de elegir los productos de su preferencia. (...) Así las cosas, teniendo en cuenta que actualmente Colombia es la economía No. 39 a nivel mundial, según su PIB nominal, la Delegatura para la Propiedad Intelectual de la SIC debe considerar dicha situación y mirar con la óptica del avance y el desarrollo del país casos como este, en el que se estudian signos que, pese a que presenten algunas similitudes, no son confundibles. (...)*

**QUINTO:** Que para decidir acerca de la solicitud de registro marcario de la referencia, esta Oficina procederá a realizar el examen de registrabilidad teniendo en cuenta todos los argumentos que hayan sido planteados, así como las pruebas presentadas por las partes. Lo anterior, en atención a lo previsto en los artículos 146, 148 y 150 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Adicionalmente, el estudio del presente trámite administrativo puede comprender asuntos que aparezcan con ocasión de la realización del examen de registrabilidad.

### **Causales de irregistrabilidad en estudio**

#### **Literal a) del artículo 136 de la Decisión 486**

*“No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:*



Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

*a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación.”*

### Concepto de la norma

De acuerdo con la disposición andina citada, para que el registro de una marca sea negado se necesita que ella cumpla con varios supuestos de hecho. En primer lugar, que el signo solicitado sea idéntico a uno previamente solicitado o registrado por un tercero<sup>2</sup>, esto es, que sea una reproducción exacta de éste y no permita ninguna clase de diferenciación entre los dos, o que existan semejanzas entre los signos a estudiar. El segundo supuesto de hecho es la identidad o relación existente entre los productos o servicios identificados por la marca solicitada a registro y la previamente solicitada o registrada<sup>3</sup>.

Finalmente, la norma exige que dicha identidad o semejanza y relación de los signos y de los productos o servicios identificados por los signos, sea suficiente para generar un riesgo de confusión o de asociación, que se entiende debe recaer en los destinatarios de los productos o servicios, esto es el público consumidor.

De acuerdo con lo anterior, el no cumplimiento de uno de los supuestos de hecho hace que la marca sea registrable.

---

<sup>2</sup> •La comparación, debe efectuarse sin descomponer los elementos que conforman el conjunto marcario, es decir, cada signo debe analizarse con una visión de conjunto, teniendo en cuenta su unidad ortográfica, auditiva e ideológica.

•En la comparación, se debe emplear el método del cotejo sucesivo, es decir, se debe analizar un signo y después el otro. No es procedente realizar un análisis simultáneo, ya que el consumidor no observa al mismo tiempo las marcas, sino que lo hace en diferentes momentos.

•Se debe enfatizar en las semejanzas y no en las diferencias, ya que en estas últimas es donde se percibe el riesgo de confusión o de asociación.

•Al realizar la comparación, es importante tratar de colocarse en el lugar del presunto comprador, pues un elemento importante para el examinador, es determinar cómo el producto o servicio es captado por el público consumidor. (...).”

<sup>3</sup> A tal efecto, el Tribunal ha recogido a través de la interpretación Prejudicial proferida en el Proceso 100-IP-2018, los siguientes criterios que acreditan por sí mismos la existencia de relación, vinculación o conexión entre productos y/o servicios:

**a) El grado de sustitución (intercambiabilidad) entre los productos y servicios.** Existe conexión cuando los productos (o servicios) en cuestión resultan sustitutos razonables para el consumidor; es decir, que este podría decidir adquirir uno u otro sin problema alguno, al ser intercambiables entre sí. La sustitución se presenta claramente cuando un ligero incremento en el precio de un producto (o servicio) origina una mayor demanda en el otro. Para apreciar la sustituibilidad entre productos o servicios se tiene en consideración el precio de dichos bienes o servicios, sus características, su finalidad, los canales de aprovisionamiento o de distribución o de comercialización, etc.

La sustituibilidad permite apreciar con claridad el hecho de que, desde la perspectiva del consumidor, un producto (o servicio) es competidor de otro producto (o servicio) de modo tal que el consumidor puede optar por uno u otro con una relativa facilidad.

A modo de ejemplo, tratándose de las infusiones en la forma de bolsas filtrantes, el anís, el cedrón, la manzanilla, etc., suelen ser productos sustitutos entre sí.

**b) La complementariedad entre sí de los productos o servicios.** Existe conexión cuando el consumo de un producto genera la necesidad de consumir otro, pues este es complementario del primero. Así, el uso de un producto supone el uso del otro. Esta complementariedad se puede presentar también entre productos y servicios.

Así, por ejemplo, la crema o pasta dental o de dientes (dentífrico) se complementa con el cepillo dental y con el hilo dental. Un ejemplo de complementariedad entre un servicio y un producto puede ser el servicio educativo con el material de enseñanza.

**c) La posibilidad de considerar que los productos o servicios provienen del mismo empresario (razonabilidad).** Existe conexión cuando el consumidor, considerando la realidad del mercado podría asumir como razonable que los productos o servicios en cuestión provienen del mismo empresario.

Así, por ejemplo, en determinados mercados quien fabrica cerveza también expende agua embotellada.

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

**Literal h) del artículo 136 de la Decisión 486**

*“No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:*

*h) constituyan una reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido cuyo titular sea un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se aplique el signo, cuando su uso fuese susceptible de causar un riesgo de confusión o de asociación con ese tercero o con sus productos o servicios; un aprovechamiento injusto del prestigio del signo; o la dilución de su fuerza distintiva o de su valor comercial o publicitario”.*

**Concepto de la norma**

De acuerdo con la disposición andina citada, para que el registro de una marca sea negado se necesita que ella cumpla con varios supuestos de hecho. En primer lugar, que el signo solicitado se presente como una reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción, total o parcial de un signo notoriamente conocido, cualesquiera sean los productos o servicios identificados por los signos.

El segundo supuesto de hecho se refiere a la capacidad que el uso del signo solicitado tuviere para generar riesgo de confusión o de asociación con el titular del signo notorio o sus productos o servicios, o si dicho uso se configurare como un aprovechamiento injusto de la reputación del signo notorio o causare una dilución de su capacidad distintiva, o su valor comercial o publicitario. Así, es necesario determinar el alcance de cada uno de los supuestos contemplados en la norma a fin de proceder al estudio de la causal de irregistrabilidad en cuestión.

**Reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción**

La causal de irregistrabilidad en estudio protege al signo notorio frente a actos de reproducción<sup>4</sup>, imitación<sup>5</sup>, traducción<sup>6</sup>, transliteración<sup>7</sup> o transcripción<sup>8</sup>, total o parcial, que frente al mismo pretendan efectuarse por parte de terceros.

En cuanto a la comparación de los signos, cuando uno es notorio la identidad o semejanza debe ser analizada a la luz de los criterios reiteradamente establecidos por la doctrina y la jurisprudencia. Así, es necesario verificar la naturaleza de los signos enfrentados a fin de determinar la regla comparativa pertinente al caso concreto, teniendo en cuenta además que la calidad de notorio que el signo opositor ostentare y el grado de notoriedad acreditado frente al mismo, así como su capacidad distintiva intrínseca, influyen

<sup>4</sup> Reproducir. 1. tr. Volver a producir o producir de nuevo. U. t. c. prnl. 2. tr. Volver a hacer presente lo que antes se dijo y alegó. 3. tr. Sacar copia, en uno o en muchos ejemplares, de una obra de arte, objeto arqueológico, texto, etc., por procedimientos calcográficos, electrolíticos, fotolitográficos o mecánicos y también mediante el vaciado.

<sup>5</sup> Imitar. (Del lat. imitāri). 1. tr. Ejecutar algo a ejemplo o semejanza de otra cosa. 2. tr. Dicho de una cosa: Parecerse, asemejarse a otra. 3. tr. Hacer o esforzarse por hacer algo lo mismo que otro o según el estilo de otro. Tomado de Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [En línea]. Vigésima Segunda Edición.

<sup>6</sup> Traducir. (Del lat. traducēre, hacer pasar de un lugar a otro). 1. tr. Expresar en una lengua lo que está escrito o se ha expresado antes en otra. 2. tr. Convertir, mudar, trocar. 3. tr. Explicar, interpretar. Tomado de Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [En línea]. Vigésima Segunda Edición.

<sup>7</sup> Transliterar. (De trans- y el lat. littĕra, letra). 1. tr. Representar los signos de un sistema de escritura mediante los signos de otro. Tomado de Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [En línea]. Vigésima Segunda Edición.

<sup>8</sup> Transcribir. (Del lat. transcribĕre). 1. tr. copiar (ll escribir en una parte lo escrito en otra). 2. tr. transliterar. 3. tr. Representar elementos fonéticos, fonológicos, léxicos o morfológicos de una lengua o dialecto mediante un sistema de escritura. Tomado de Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [En línea]. Vigésima Segunda Edición.

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

directamente en la comparación de las marcas, toda vez que cuando se trata de signos notorios, el examen comparativo está revestido de una mayor rigurosidad en atención a dicha calidad y su especial protección.

### Signo notorio

La definición legal del signo notorio se encuentra en el artículo 224 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece:

*“Se entiende por signo distintivo notoriamente conocido el que fuese reconocido como tal en cualquier País Miembro por el sector pertinente, independientemente de la manera o el medio por el cual se hubiese hecho conocido”.*

De acuerdo con la definición del Diccionario de la Lengua Española, la característica de notorio se predica de algo que es público y sabido por todos, además de claro y evidente<sup>9</sup>. En efecto, la calificación de notorio de un objeto o una persona está estrechamente ligada al sentimiento generalizado de que dicho objeto o persona son ampliamente conocidos por un sector determinado.

Para referirse a un signo notorio es preciso determinar que el uso amplio y generalizado por parte de su titular se ha traducido en la exteriorización de aquel dentro del público consumidor, de tal manera que es fácilmente reconocido y recordado por el consumidor que ha tenido contacto con los productos o servicios identificados por el signo, o por los consumidores potenciales, es decir aquellos que si bien no han adquirido los productos o servicios, saben que se ofertan bajo dicho signo y les endilgan alguna calidad o característica, ya inferida por otro consumidor o gracias a asociaciones derivadas de la información de dichas calidades o características dada mediante la amplia y constante publicidad del signo.

### Sector pertinente

En concordancia con lo anterior, el artículo 230 de la Decisión 486 incluye dentro del sector pertinente para determinar si un signo es notorio; los siguientes:

“a) los consumidores reales o potenciales del tipo de productos o servicios a los que se aplique;

b) las personas que participan en los canales de distribución o comercialización del tipo de productos o servicios a los que se aplique; o

“c) los círculos empresariales que actúan en giros relativos al tipo de establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique”.

Y añade que:

“para efectos de reconocer la notoriedad de un signo bastará que sea conocido dentro de cualquiera de los sectores referidos en los literales anteriores”.

<sup>9</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [En línea]. Vigésima Segunda Edición. Disponible en [www.rae.es](http://www.rae.es).

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

**Criterios para determinar la notoriedad**

A fin de determinar la notoriedad de un signo distintivo según el mismo sea reconocido como tal dentro del sector pertinente la Decisión 486 establece en su artículo 228 una serie de criterios que, sin ser taxativos, fijan pautas que guían al examinador en el análisis de notoriedad, así:

*“Para determinar la notoriedad de un signo distintivo, se tomará en consideración entre otros, los siguientes factores:*

*a) el grado de su conocimiento entre los miembros del sector pertinente dentro de cualquier País Miembro;*

*b) la duración, amplitud y extensión geográfica de su utilización, dentro o fuera de cualquier País Miembro;*

*c) la duración, amplitud y extensión geográfica de su promoción, dentro o fuera de cualquier País Miembro, incluyendo la publicidad y la presentación en ferias, exposiciones u otros eventos de los productos o servicios, del establecimiento o de la actividad a los que se aplique;*

*d) el valor de toda inversión efectuada para promoverlo, o para promover el establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique;*

*e) las cifras de ventas y de ingresos de la empresa titular en lo que respecta al signo cuya notoriedad se alega, tanto en el plano internacional como en el del País Miembro en el que se pretende la protección;*

*f) el grado de distintividad inherente o adquirida del signo;*

*g) el valor contable del signo como activo empresarial;*

*h) el volumen de pedidos de personas interesadas en obtener una franquicia o licencia del signo en determinado territorio; o,*

*i) la existencia de actividades significativas de fabricación, compras o almacenamiento por el titular del signo en el País Miembro en que se busca protección;*

*j) los aspectos del comercio internacional; o,*

*k) la existencia y antigüedad de cualquier registro o solicitud de registro del signo distintivo en el País Miembro o en el extranjero”.*

De acuerdo con lo anterior, para poder determinar la notoriedad de un signo distintivo, es preciso que se haya difundido dentro de un territorio y durante un tiempo determinado, toda vez que la única manera de lograr el reconocimiento de un signo distintivo es por medio de su difusión, lo cual implica la identificación de un ámbito temporal y territorial.

Por lo demás, resulta importante resaltar que los criterios normativos permiten que las pruebas aportadas estén referidas a territorio extranjero, pero deben ir dirigidas a demostrar el conocimiento del signo entre los miembros del sector pertinente de cualquiera de los países miembros de la Comunidad Andina.

**Prueba de la notoriedad**

De conformidad con lo expuesto hasta acá, quien alega notoriedad asume la carga de probar por los medios probatorios conducentes, pertinentes y útiles, la calidad de notoria

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

de la marca de conformidad con la definición, y criterios ya vistos en los artículos 229, 228 y 230 de la Decisión 486.

### **Identidad o Semejanza de los signos**

La semejanza de los signos puede derivarse de alguno o todos de los siguientes aspectos: Conceptual, ortográfico, fonético y visual.

Existirá semejanza conceptual cuando los dos signos evoquen una idea idéntica o semejante.

La similitud ortográfica se presenta por la semejanza de las letras entre los signos a compararse. La sucesión de vocales, la longitud de la palabra o palabras, el número de sílabas, las raíces o las terminaciones iguales, pueden incrementar la confusión.

Por su parte la visual puede ser entendida como ortográfica, pero es principalmente referida a los signos figurativos o esencialmente visibles.

La semejanza fonética se presenta por coincidencia en las raíces o terminaciones, y cuando la sílaba tónica en las denominaciones comparadas es idéntica o muy difícil de distinguir. Sin embargo, se debe tener en cuenta las particularidades de cada caso, para determinar una posible confusión.

### **El riesgo de confusión o de asociación**

El riesgo de confusión es la posibilidad de que el consumidor adquiera un producto o servicio pensando que está adquiriendo otro (confusión directa), o que adquiera un producto o servicio pensando que éste tiene un origen empresarial distinto al que realmente vincula (confusión indirecta).

Por su parte el riesgo de asociación se presenta cuando a pesar de no existir confusión se vincula económica o jurídicamente a uno y otro oferente de los productos o servicios identificados por las marcas respectivas.

### **Aprovechamiento injusto del prestigio del signo notorio**

El aprovechamiento injusto del prestigio de una marca notoria se presenta cuando un competidor hace un uso parasitario de la marca, valiéndose de la imagen positiva que esta transmite, aunque la acción se realice sobre productos o servicios que no tengan ningún grado de conexidad con los que ampara el signo notoriamente conocido.

El uso parasitario está ligado a la función publicitaria de la marca, pero se diferencia del riesgo de dilución en que la finalidad del competidor parasitario es únicamente un aprovechamiento de la reputación, sin necesidad de presentar un debilitamiento de la capacidad distintiva de la marca notoriamente conocida.

### **Dilución de la fuerza distintiva del signo notorio**

Sobre este tema el Tribunal de Justicia Andino ha dicho<sup>10</sup> que el riesgo de dilución, se presenta cuando el uso de otros signos idénticos o similares cause el debilitamiento de la altísima capacidad distintiva y la percepción o imagen positiva que el consumidor tiene del

<sup>10</sup>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 108 IP-2006 marca KRISTAL ESSENCE

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

signo notoriamente conocido, aunque se use para productos o servicios que no tengan ningún grado de conexidad con los cuales ampara el signo notoriamente conocido.

La posibilidad de dilución de la fuerza distintiva existe en aquellos signos que son intrínsecamente distintivos, siendo un factor a considerar que sean únicos en el registro de la propiedad industrial, es decir que no hay un signo igual registrado en relación con ningún otro tipo de productos o servicios. En tal caso, de concederse un signo parecido al notorio, ese carácter de exclusividad que tenía el signo notorio en el registro podría perderse.

Al respecto señala el autor F.G. JACOBS: “La esencia de la dilución en este sentido clásico es que la difuminación del carácter distintivo de la marca implica que ésta ya no provoca la asociación inmediata con los productos para los que está registrada y es usada. Así pues, citando de nuevo a Schechter, «por ejemplo, si se autorizan restaurantes Rolls Royce, cafeterías Rolls Royce, pantalones Rolls Royce y caramelos Rolls Royce, en diez años ya no existirá la marca Rolls Royce».”<sup>11</sup>

Es importante mencionar que la jurisprudencia norteamericana ha tratado el tema de la dilución de signos con un alto grado de notoriedad, especificando dos variantes de dicha situación, la dilución por empañamiento y la dilución por degradación, explicando estos dos conceptos de forma gráfica, tal y como se transcribe a continuación:

*“(...) Suponga que un restaurante de lujo se llama “Tiffany”. Existe muy poco riesgo que el público consumidor considere pensar que está celebrando negocios con una sección de las tiendas de joyas “Tiffany” si estos [es decir el público] se vuelven clientes regulares del restaurante. Pero, cuando los consumidores ven al lado el nombre “Tiffany” ellos puede que piensen tanto en el restaurante como la joyería, y si es el caso la eficacia del nombre en identificar la tienda se verá deteriorada. Los consumidores tendrán que pensar mucho más – incurrir como si fuese un mayor costo de imaginación – en reconocer el nombre como el nombre de la tienda...][...Así que “blurring” [empañamiento] es una forma de dilución.” (TY Inc. V. Ruth Perryman; 2002)”*

*“(...) Ahora suponga que el restaurante que adopta el nombre “Tiffany” es en realidad un local de striptease. Nuevamente y sin duda con mayor certeza que en el caso previo, los consumidores no pensarán que hay relación de propiedad entre el local de striptease y la tienda de joyas. Pero debido a la inveterada tendencia de la mente humana en proceder por asociación, cada vez que piensen en la palabra “Tiffany” su imagen de la tienda lujosa se verá degradada por la asociación de la palabra con el local de striptease.”<sup>12</sup>*

Cabe destacar el pronunciamiento que sobre este punto ha efectuado el Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el señor Niilo Jääskinen:

“Tanto en derecho comunitario como en los Estados Unidos, el concepto de protección frente a la dilución se refiere específicamente a dos fenómenos:

Protección frente a la difuminación y frente al deterioro. La protección frente a la difuminación (o dilución en sentido estricto) se da contra los usos que entrañan el riesgo de que la marca pierda su carácter distintivo y, con él, su valor. La protección frente al

<sup>11</sup>CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL. S.R. F.G. JACOBS presentadas el 10 de julio de 2003 (1) Asunto C-408/01 Adidas-Salomón AG and Adidas Benelux BV contra Fitnessworld Trading Ltd.

<sup>12</sup>TY Inc. v. Ruth Perryman; 2002

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

deterioro significa protección contra usos que ponen en peligro la protección de la marca”<sup>13</sup>.

### Aprovechamiento del valor comercial o publicitario del signo notorio

Se presenta un aprovechamiento del valor comercial o publicitario de la marca notoria, cuando un tercero a fin de ahorrar los gastos de posicionamiento de su propia marca, utiliza un signo semejante o idéntico, en relación con productos y/o servicios distintos a los que vienen siendo protegidos por la marca notoria, buscando que se transfiera a sus productos y/o servicios la imagen y el mensaje positivo de la misma.

Al respecto la Tercera Sala de Recurso de la EUIPO ha sostenido:

*“La capacidad de una marca renombrada de trasladar la imagen determinada de un producto o servicio a otro producto o servicio confiere a terceras personas un interés por aprovecharse del valor comercial de tal renombre, en la medida en que esta utilización de la marca renombrada para productos o servicios diferentes para facilitar la promoción comercial de éstos”.*

### Acervo probatorio

Al expediente fueron allegadas las siguientes pruebas de parte de la sociedad opositora **COLGATE-PALMOLIVE COMPANY**:

1. Certificados de registro de la marca Suavitel en países de la Comunidad Andina (Bolivia, Ecuador y Perú).
2. Certificación expedida por la señora Ivon Patricia Lenis Rizo, Revisora Fiscal de la sociedad COLGATE PALMOLIVE COMPAÑÍA.
3. Certificación expedida por el señor Mario Arregui Gerente de la sociedad WOLDPANEL KANTAR, consultora de mercado, mediante la cual informa de la recordación y consumo de la marca Suavitel en Colombia.
4. Comunicación expedida por la firma KANTAR consultora en materia de mercado, mediante la cual informa a COLGATE-PALMOLIVE COMPANY, la realización de un estudio de investigación *“Lo que recomiendan los colombianos, según Raddar”*.
5. Publicación del diario Portafolio en donde se aloja el estudio *“Lo que recomiendan los colombianos, según Raddar”*.
6. Consulta oficiosa de los siguientes enlaces, imágenes y documentos:

- <https://www.kantarworldpanel.com/co/Sobre-nosotros>
- <https://www.larepublica.co/empresas/familia-suavitel-y-blancos-son-las-marcas-de-aseo-reinas-en-los-hogares-colombianos-2273621>
- <https://raddar.net/>
- <https://www.youtube.com/watch?v=TKI87TA0fQc>
- <https://www.youtube.com/watch?v=KIHDDWt6VJQ>
- <https://www.youtube.com/watch?v=t9FamMF1Fd8>
- <https://www.youtube.com/watch?v=q6RBhh0SXLc>
- [https://www.rappi.com.co/search?store\\_type=all&query=suavitel&search\\_type=TYPED](https://www.rappi.com.co/search?store_type=all&query=suavitel&search_type=TYPED)

7. Recopilación del material y piezas publicitarias de la marca Suavitel, para los años

<sup>13</sup>Asunto C-323/09 Interflora Inc Interflora British Unit contra Marks & Spencer plc Flowers Directs Online Limited.

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

2017 a 2020 en Colombia.

**Estudio de registrabilidad del signo solicitado**

**Análisis de la causal de irregistrabilidad establecida en el literal a) del artículo 136 de la Decisión 486.**

Las marcas opositoras son las siguientes:

Tipo	Signo	Titular	Expediente	Niza	Clase	Trámite	Estado	Vigencia
Nominativa	SUAVITEL PEACH HARMONY	COLGATE-PALMOLIVE COMPANY	13144461	10	3	Marca	Registrada	26/12/2023
Nominativa	SUAVITEL COMPLETE		13120683	10	3	Marca	Registrada	18/12/2023
Mixta	SUAVITEL ADIOS AL PLANCHADO COMPLETE		13176811	10	3	Marca	Registrada	30/04/2024
Nominativa	SUAVITEL 100% DELICIOSO AROMA		13146612	10	3	Marca	Registrada	31/01/2024
Nominativa	SUAVITEL ARMONÍA DE DURAZNO		13144462	10	3	Marca	Registrada	30/04/2024
Mixta	SUAVITEL GRACIAS MAMA		12069104	9	3	Marca	Registrada	31/08/2022
Nominativa	SUAVITEL AROMA INTENSE		13031727	9	3	Marca	Registrada	21/08/2023
Nominativa	Suavitel Vive Más		12130308	9	3	Marca	Registrada	25/08/2023
Nominativa	SUAVITEL EXPLOSION PRIMAVERAL		13220836	10	3	Marca	Registrada	07/04/2024
Nominativa	SUAVITEL CUIDADO SUPERIOR		SD2016/0003784	10	3	Marca	Registrada	09/10/2027
Nominativa	SUAVITEL EXPLOSIÓN TROPICAL		14126362	10	3	Marca	Registrada	18/12/2024
Nominativa	Suavitel Aroma superior que dura y perdura		14089040	10	3	Marca	Registrada	25/08/2025
Mixta	Suavitel Gracias Mamá		SD2018/0003222	11	3	Marca	Registrada	19/07/2028
Nominativa	SUAVITEL BLANCA NAVIDAD		SD2017/0072529	11	3	Marca	Registrada	14/03/2028



Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

Nominativa	SUAVITEL DULCES PLACERES	COLGATE-PALMOLIVE COMPANY	SD2016/0029004	10	3	Marca	Registrada	08/02/2028
Nominativa	SUAVITEL ADIÓS A LA ESPUMA		13247396	10	3	Marca	Registrada	27/05/2024
Nominativa	SUAVITEL ADIÓS AL ENJUAGUE		13246677	10	3	Marca	Registrada	27/05/2024
Nominativa	SUAVITEL ADIOS AL SECADO		13228052	10	3	Marca	Registrada	27/05/2024
Nominativa	SUAVITEL PETALOS DE AMOR		14041879	10	3	Marca	Registrada	15/05/2025
Nominativa	SUAVITEL 100% INTENSO AROMA		14028107	10	3	Marca	Registrada	26/08/2024
Nominativa	SUAVITEL 100% RENDIDOR		14020216	10	3	Marca	Registrada	29/08/2024
Nominativa	SUAVITEL SIN ENJUAGUE		05105325	8	3	Marca	Registrada	17/05/2026
Nominativa	SUAVITEL LIBRE ENJUAGUE		05105324	8	3	Marca	Registrada	31/08/2026
Nominativa	SUAVITEL SENSATIONS	COLGATE-PALMOLIVE COMPANY	05035180	8	3	Marca	Registrada	21/08/2025
Mixta	SUAVITEL		06063789	8	3	Marca	Registrada	17/07/2027
Nominativa	SUAVITEL		06014136	8	3	Marca	Registrada	13/02/2027
Nominativa	SOFLAN SUAVITEL MOMENTOS MÁGICOS		05114962	8	3	Marca	Registrada	31/01/2028
Nominativa	SUAVITEL HEARTS		04037559	8	3	Marca	Registrada	13/07/2025
Nominativa	SUAVITEL CORAZONES		04037557	8	3	Marca	Registrada	10/06/2025
Mixta	SOFLAN SUAVITEL (LO DEMAS SERA EXPLICATIVO)		02101960	8	3	Marca	Registrada	25/06/2023
Mixta	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE		08082111	9	3	Marca	Registrada	27/05/2029

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

Mixta	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE	COLGATE-PALMOLIVE COMPANY	08082105	9	3	Marca	Registrada	27/05/2029
Mixta	SOFLAN SUAVITEL NATURA VERDE		10134228	9	3	Marca	Registrada	31/10/2021
Mixta	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE		08082103	9	3	Marca	Registrada	27/05/2029
Mixta	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE		08082101	9	3	Marca	Registrada	27/05/2029
Mixta	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE		08082100	9	3	Marca	Registrada	27/05/2029

Los signos a comparar son los siguientes:

Signo solicitado	Signos opositores
 <p>Savitex Suavizante para la ropa</p>	 <p>(Mixtos)</p> <p><b>SUAVITEL PEACH HARMONY / SUAVITEL COMPLETE SUAVITEL 100% DELICIOSO AROMA / SUAVITEL ARMONÍA DE DURAZNO / SUAVITEL AROMA INTENSE / Suavitel Vive Más / SUAVITEL EXPLOSION PRIMAVERAL / SUAVITEL CUIDADO SUPERIOR / SUAVITEL EXPLOSIÓN TROPICAL / Suavitel Aroma superior que dura y perdura / SUAVITEL / SOFLAN SUAVITEL MOMENTOS MÁGICOS / SUAVITEL HEARTS / SUAVITEL CORAZONES</b></p> <p>(Nominativas)</p>

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

**Jurisprudencia**

**Comparación entre marcas mixtas**

Se deberá tomar en consideración que dentro del Proceso 72-IP-2013 de 8 de mayo de 2013, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha reiterado sobre la comparación entre signos mixtos, lo siguiente:

*“El signo mixto puede estar conformado por una parte denominativa compuesta, integrada por dos o más palabras. Al respecto, el Tribunal ha establecido que: “No existe prohibición alguna para que los signos a registrarse adopten, entre otras, cualquiera de estas formas: se compongan de una palabra compuesta, o de dos o más palabras, con o sin significación conceptual, con o sin el acompañamiento de un gráfico (...)”<sup>14</sup>.*

Sobre el tema, la jurisprudencia sentada por este Tribunal ha sostenido lo siguiente:

*“La marca mixta es una unidad, en la cual se ha solicitado el registro del elemento nominativo como el gráfico, como uno solo. Cuando se otorga el registro de la marca mixta se la protege en su integridad y no a sus elementos por separado”. (Proceso 56-IP-2013, marca: WESCO COLOR CENTER (mixta), publicado en la Gaceta Oficial 221 de 22 de julio de 2013, citando al Proceso 55-IP-2002, diseño industrial: “BURBUJA VIDEOS 2000”, publicado en la Gaceta Oficial 821 de 01 de agosto de 2002).*

De igual manera ha reiterado que: *“La doctrina se ha inclinado a considerar que, en general, el elemento denominativo de la marca mixta suele ser el más característico o determinante, teniendo en cuenta la fuerza expresiva propia de las palabras, las que por definición son pronunciables, lo que no obsta para que en algunos casos se le reconozca prioridad al elemento gráfico, teniendo en cuenta su tamaño, color y colocación, que en un momento dado pueden ser definitivos. El elemento gráfico suele ser de mayor importancia cuando es figurativo o evocador de conceptos, que cuando consiste simplemente en un dibujo abstracto”. (Proceso 56-IP-2013, ya citado, citando al Proceso 26-IP-98, marca: (mixta) “C.A.S.A”, publicado en la Gaceta Oficial 410 de 24 de febrero de 1999).*

En este caso, se deberá determinar el elemento característico del signo mixto y, posteriormente, proceder al cotejo de los signos en conflicto. Si el elemento predominante es el denominativo, el cotejo entre signos deberá realizarse de conformidad con las reglas para la comparación entre signos denominativos.

**Comparación entre marcas nominativas y mixtas.**

*“(…), si en la marca comparada predomina el elemento verbal, debe procederse al cotejo de los signos aplicando las reglas que para ese propósito ha establecido la doctrina; y, si por otro lado, en la misma predomina el elemento gráfico frente al denominativo, en principio, no habría lugar a la confusión entre las marcas, pudiendo éstas coexistir pacíficamente en el ámbito comercial”.<sup>15</sup>*

<sup>14</sup> Proceso 13-IP-2001, publicado en la G.O.A.C. 677 de 13 de junio de 2001, marca: “BOLIN BOLA”. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

<sup>15</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 38-IP-2008, 10 de abril de 2008.

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

**Prevalencia del aspecto nominativo.**

Si el elemento determinante en un signo mixto es el denominativo y en el otro el gráfico, en principio, no habría riesgo de confusión. Si, por el contrario, en ambos casos dicho elemento es el denominativo, el cotejo deberá realizarse de conformidad con las siguientes reglas para la comparación entre signos denominativos:<sup>16</sup>

- Se debe analizar cada signo en su conjunto, es decir, sin descomponer su unidad fonética. Sin embargo, es importante tener en cuenta las sílabas o letras que poseen una función diferenciadora en el conjunto, pues esto ayudaría a entender cómo el signo es percibido en el mercado.
- Se debe tener en cuenta la sílaba tónica de los signos a comparar, ya que, si ocupa la misma posición, es idéntica o muy difícil de distinguir, la semejanza entre los signos podría ser evidente.
- Se debe tener en cuenta el orden de las vocales, con lo cual se indica la sonoridad de la denominación.
- Se debe determinar el elemento que impacta de una manera más fuerte en la mente del consumidor, esto mostraría cómo es captada la marca en el mercado.<sup>17</sup>

**Familia de Marcas**

El hecho de que la sociedad opositora **COLGATE-PALMOLIVE COMPANY**, incluya de forma reiterada la misma expresión “**SUAVITEL**” en buena parte de sus marcas nos da a entender que estamos en presencia de una familia de marcas, entendida esta como una estrategia de mercadeo consistente en incorporar un elemento común en un grupo de marcas que genera en el consumidor una relación inmediata entre los productos o servicios y la empresa que los produce u ofrece. Se advierte que la familia de marcas debe caracterizarse por alcanzar una gran distintividad en el mercado, pues cada vez que se introduce una nueva marca existe en la memoria del consumidor el recuerdo de la anterior.

La protección que amerita una familia de marcas debe ser más rigurosa, por cuanto está de por medio el interés del consumidor, quien al estar familiarizado con una serie de marcas que comparten un prefijo común, y que provienen de un mismo productor, asumirá que cualquier marca con ese mismo prefijo para productos similares o relacionados, tiene el mismo origen empresarial. De igual forma, la familia de marcas se caracteriza por tener una calidad especial que le es uniforme a los productos que identifica, por tanto, la protección de uso exclusivo que le debe corresponder al titular de la familia de marcas, en relación con el radical característico, beneficia al consumidor que adquiere el producto por la calidad que ya conoce.

Así las cosas, es claro que estamos frente a un caso de familia de marcas y por esta razón la misma debe gozar de una protección especial, con el fin de proteger al titular de esta y a

<sup>16</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 52-IP-2011, marca BENZACLIN, 1 de septiembre de 2011.

<sup>17</sup> Estos criterios han sido tratados por la doctrina sobre la materia. Como ejemplo, Carlos Fernández Novoa, manifiesta lo siguiente:

“(…) ha de ser realizada una visión de conjunto o sintética, operando con la totalidad de los elementos integrantes, sin descomponer su unidad fonética y gráfica en fonemas o voces parciales, teniendo en cuenta, por lo tanto, en el juicio comparativo la totalidad de las sílabas y letras que forman los vocablos de las marcas en pugna, sin perjuicio de destacar aquellos elementos dotados de especial eficacia caracterizante, atribuyendo menos valor a los que ofrezcan atenuada función diferenciadora.

(…) han de considerarse semejantes las marcas comparadas cuando la sílaba tónica de las mismas ocupa la misma posición y es idéntica o muy difícil de distinguir.

(…) la sucesión de las vocales en el mismo orden habla a favor de la semejanza de las marcas comparadas porque la sucesión de vocales asume una importancia decisiva para fijar la sonoridad de una denominación.

(…) en el análisis de las marcas denominativas hay que tratar de encontrar la dimensión más característica de las denominaciones confrontadas: la dimensión que con mayor fuerza y profundidad penetra en la mente del consumidor y determina, por lo mismo, la impresión general que la denominación va a suscitar en los consumidores”.

FERNANDEZ Novoa, Carlos. Ob. Cit. Págs. 199 y SS.

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

los consumidores, pero es preciso dejar en claro que se trataría de protección especial, mas no de monopolización de un sector específico de productos.

La familia de marcas es la siguiente:

Expediente No.	Certificado No.	Denominación	Etiqueta
<a href="#">02101960</a>	269309	SOFLAN SUAVITEL(LO DEMAS SERA EXPLICATIVO)	
<a href="#">04037557</a>	299984	SUAVITEL CORAZONES	
<a href="#">04037559</a>	300326	SUAVITEL HEARTS	
<a href="#">05035177</a>	307231	SUAVITEL SENSACIONES	
<a href="#">05035180</a>	307230	SUAVITEL SENSATIONS	
<a href="#">05105324</a>	322192	SUAVITEL LIBRE ENJUAGUE	
<a href="#">05105325</a>	315179	SUAVITEL SIN ENJUAGUE	
<a href="#">05114962</a>	345136	SOFLAN SUAVITEL MOMENTOS MÁGICOS	
<a href="#">06014136</a>	330265	SUAVITEL	
<a href="#">06063789</a>	327325	SUAVITEL	
<a href="#">08008005</a>	360346	SUAVITEL MOMENTOS MAGICOS	
<a href="#">08070828</a>	371300	SUAVITEL RADIANTE	
<a href="#">08080929</a>	371923	SUAVITEL PROFESSIONAL	
<a href="#">08082100</a>	388895	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE	

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

 [08082101](#) 388892 SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE



 [08082103](#) 388894 SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE



 [08082105](#) 388893 SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE



 [08082111](#) 392076 SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE



 [08099568](#) 374651 SUAVITEL ADIOS AL PLANCHADO SPRAY

 [10134228](#) 435079 SOFLAN SUAVITEL NATURA VERDE



 [12069104](#) 457894 SUAVITEL GRACIAS MAMA



 [12130308](#) 465818 Suavitel Vive Más

 [13031727](#) 474564 SUAVITEL AROMA INTENSE

 [13120683](#) 481418 SUAVITEL COMPLETE

 [13144461](#) 482116 SUAVITEL PEACH HARMONY

 [13144462](#) 488352 SUAVITEL ARMONÍA DE DURAZNO

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

 <a href="#">13146612</a>	486474	SUAVITEL 100% DELICIOSO AROMA	
 <a href="#">13176811</a>	488374	SUAVITEL ADIOS AL PLANCHADO COMPLETE	
 <a href="#">13220836</a>	487478	SUAVITEL EXPLOSION PRIMAVERAL	
 <a href="#">13228052</a>	490463	SUAVITEL ADIOS AL SECADO	
 <a href="#">13246677</a>	490477	SUAVITEL ADIÓS AL ENJUAGUE	
 <a href="#">13247396</a>	490485	SUAVITEL ADIÓS A LA ESPUMA	
 <a href="#">14020216</a>	495225	SUAVITEL 100% RENDIDOR	
 <a href="#">14028107</a>	495083	SUAVITEL 100% INTENSO AROMA	
 <a href="#">14041879</a>	519062	SUAVITEL PETALOS DE AMOR	
 <a href="#">14089040</a>	523504	Suavitel Aroma superior que dura y perdura	
 <a href="#">14126362</a>	501101	SUAVITEL EXPLOSIÓN TROPICAL	
 <a href="#">SD2016/0003784</a>	575365	SUAVITEL CUIDADO SUPERIOR	
 <a href="#">SD2016/0029004</a>	585219	SUAVITEL DULCES PLACERES	
 <a href="#">SD2017/0072529</a>	588164	SUAVITEL BLANCA NAVIDAD	
 <a href="#">SD2018/0003222</a>	598654	Suavitel Gracias Mamá	

**Análisis comparativo frente a marcas opositoras SUAVITEL:**

Dando lugar al análisis de registrabilidad del signo solicitado, es preciso indicar que se trata de un signo de naturaleza mixta, compuesto por las expresiones “SAVITEX SUAVIZANTE PARA LA ROPA” en caracteres especiales, cuyo aparte gráfico consiste en una cinta extendida en la parte inferior de la expresión “SAVITEX” y bajo de dicha cinta, las expresiones SUAVIZANTE PARA LA ROPA. De otro lado, las marcas opositoras son de naturaleza nominativa y mixta, compuestas predominantemente por la expresión “SUAVITEL” en caracteres especiales, cuyo punto de la letra l es la ilustración de un

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

corazón y algunas de estas, delimitadas dentro de la forma de un envase y acompañadas en unos casos de la imagen de un bebé. Expresión SUAVITEL, acompañada de expresiones como: PEACH HARMONY / COMPLETE 100% DELICIOSO AROMA / ARMONÍA DE DURAZNO / AROMA INTENSE / EXPLOSION PRIMAVERAL / CUIDADO SUPERIOR / EXPLOSIÓN TROPICAL / AROMA SUPERIOR QUE DURA Y PERDURA / SOFLAN / MOMENTOS MÁGICOS / HEARTS / CORAZONES, entre otras.

Esta Dirección, como primer análisis, establece la existencia de una familia de marcas en cabeza del opositor, situación que, en términos del Tribunal Andino, se define como:

*“En el Derecho de Marcas se admite en general la existencia de una pluralidad de marcas que posean un rasgo distintivo común. Si este elemento común figura al inicio de la denominación, será, por lo general, el elemento dominante. El elemento dominante común hará que todas las marcas que lo incluyan produzcan una impresión general común, toda vez que inducirá a los consumidores a asociarlas entre sí y a pensar que los productos a que se refieren participan de un origen común. Dado que el elemento dominante común obra como un indicador de pertenencia de la marca a una familia de marcas, es probable que el consumidor medio considere que el producto donde figura el citado elemento común constituye objeto de una marca que pertenece a determinada familia de marcas, por lo que el registro de aquella, caso de corresponder a distinto titular, podría inducir a confusión”. (Proceso 96-IP-2002 de 25 de marzo de 2003, Marca “ALPINA”, publicada en la Gaceta Oficial N° 912, de 25 de marzo de 2003).*

Con base en los criterios mencionados, se establece que la familia de marcas del opositor COLGATE-PALMOLIVE COMPANY, tiene como rasgo distintivo el uso de la expresión “SUAVITEL”, la cual, dado los esfuerzos creativos del opositor, ha posicionado la reproducción gráfica de la misma, en la mente del consumidor como elemento característico de los productos que comercializa en el mercado. Así las cosas, un consumidor al observar estos elementos característicos en el mercado como parte de una marca al identificar un producto, asocia el origen empresarial con el opositor, al obrar la expresión “SUAVITEL” como indicador de pertenencia a una familia de marcas, principalmente para identificar “suavizante para telas”.

Conforme a lo anterior, esta Dirección no puede desconocer la protección otorgada al opositor en el registro de su familia de marcas, cuyos esfuerzos comerciales han sido dirigidos a perpetrar en la mente del consumidor, la expresión “SUAVITEL” como elemento distintivo de sus productos frente a otros competidores.

Teniendo en cuenta la naturaleza de los signos en cotejo y dejando de presente que es el elemento denominativo el preponderante en estos, por cuanto son las palabras las que usaría el consumidor para demandar los productos identificados con las marcas, esta Dirección encuentra que los signos analizados son similarmente confundibles. En efecto, al apreciarlos en conjunto se observa que son ortográfica, fonética y visualmente similares, comoquiera que el signo solicitado reproduce la parte relevante de las marcas opositoras, sin que la variación en las consonantes A X (SAVITEX) y demás elementos adicionales presentes en el signo solicitado, como las expresiones “SUAVIZANTE PARA LA ROPA”, le otorguen distintividad suficiente para diferenciarse de las marcas registradas.

En efecto, desde el punto de vista fonético al ser pronunciados generan un impacto sonoro similar, en razón a la disposición de los fonemas utilizados (SA-VI-TEX VS SUA-VI-TEL). Los cuales, de no efectuarse una correcta pronunciación, proveniente de la vista desprevenida de un consumidor, aumentan el riesgo de confusión. Así mismo, en lo que

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

respecta al aparte ortográfico, en donde los signos comparten similares (SA – SUA) y similares terminaciones (TEX – TEL). Sin que la variación en las consonantes A X del signo solicitado, sea derrotero definitivo que le otorgue distintividad.

Aunado a lo anterior, esta Dirección observa que, los signos confrontados resultan similares visualmente toda vez que, los tonos de colores utilizados en estos, son similares y usan la misma tipografía gruesa y con letra cursiva, donde la “S” inicial tiene una curva especial y es de mayor tamaño que las demás letras.

Sin duda, en ambos casos los signos se encuentran conformados por partículas evocativas, y por ende débiles en relación con los productos que identifican o pretenden identificar. No obstante, lo anterior, se observa que los elementos nominativos y gráficos que forman al signo solicitado en registro no son suficientes para diferenciarlo de las marcas opositoras, por lo que es evidente el riesgo de confusión.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario entrar a verificar la cobertura de los signos confrontados, en aras de establecer si se cumple con el segundo de los requisitos exigidos por la causal de Irregistrabilidad en estudio.

### Conexión competitiva

El signo solicitado pretende distinguir:

**(3):** Suavizantes para la ropa; suavizantes de textiles.

De otro lado, las marcas opositoras identifican:

<b>Expedientes</b>	<b>Productos</b>
13144461	<b>(3):</b> Suavizante para tela.
13120683	<b>(3):</b> Suavizantes de tela.
13176811	<b>(3):</b> Suavizante para telas.
13146612	<b>(3):</b> Suavizantes para tela.
13144462	<b>(3):</b> Suavizante para tela.
12069104	<b>(3):</b> Preparaciones para blanquear y otras sustancias para uso en el lavado, incluyendo suavizantes de telas; para limpiar; pulir, desengrasar y raspar.
13031727	<b>(3):</b> Suavizante de telas.
12130308	<b>(3):</b> Suavizante de telas.
13220836	<b>(3):</b> Suavizantes de tela.
<b>SD2016/0003784</b>	<b>(3):</b> Acondicionadores para tela, preparaciones para blanquear y otras sustancias para uso en lavandería; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello; dentífricos.



Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

- 14126362** (3): Suavizante de tela.
- 14089040** (3): Suavizantes de tela.
- SD2018/0003222** (3): Suavizantes de tela.
- SD2017/0072529** (3): Suavizantes de tela. Preparaciones para blanquear y otras sustancias para uso en lavandería; preparaciones para limpiar, pulir, brillar y abrasivas; jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello; dentífricos.
- SD2016/0029004** (3): Preparaciones para blanquear y otras sustancias para uso en lavandería; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello; dentífricos; suavizantes de tela para uso en lavandería.
- 13247396** (3): Suavizantes para tela y acondicionadores para tela.
- 13246677** (3): Suavizantes para tela y acondicionadores para tela.
- 13228052** (3): Preparaciones para el cuidado de la tela, incluyendo acondicionadores para tela.
- 14041879** (3): Suavizantes de tela.
- 14028107** (3): Suavizantes de tela.
- 14020216** (3): Suavizantes de tela.
- 05105325** (3): Preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; incluyendo suavizadores de tela, acondicionadores de tela y detergentes para telas finas; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; (preparaciones abrasivas) jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello; dentífricos.
- 05105324** (3): Preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada, incluyendo suavizadores de tela, acondicionadores de tela y detergentes para telas finas; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; (preparaciones abrasivas) jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello; dentífricos.
- 05035180** (3): Suavizadores para telas, acondicionadores para telas, detergentes para telas finas.
- 06063789** (3): Suavizadores de tela, acondicionadores de tela y detergentes para tela fina.
- 06014136** (3): Para suavizadores de tela, acondicionadores de tela y detergentes para telas finas.
- 05114962** (3): Para preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

(preparaciones abrasivas); jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello; dentífricos.

**04037559** (3): Preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; suavizadores de telas, acondicionadores de telas.

**04037557** (3): Preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; suavizadores de telas, acondicionadores de telas.

**02101960** (3): Preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; jabones; perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello, dentífricos.

**08082111** (3): Preparaciones para blanquear y otras sustancias usadas para el lavado incluyendo suavizantes y acondicionadores para ropa.

**08082103** (3): Preparaciones para blanquear y otras sustancias usadas para el lavado incluyendo suavizantes y acondicionadores para ropa.

**08082101** (3): Preparaciones para blanquear y otras sustancias usadas para el lavado incluyendo suavizantes y acondicionadores para ropa.

**08082100** (3): Preparaciones para blanquear y otras sustancias usadas para el lavado incluyendo suavizantes y acondicionadores para ropa.

**Análisis de conexidad competitiva de clase 3° solicitada, frente a clases 3° opositoras:**

Con base en los criterios de conexidad competitiva, especialmente los dispuestos por la IP-100 de 2018 por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, esta Dirección observa que en el presente caso se dan los siguientes presupuestos definitivos para concluir que hay relación o conexidad entre los productos que identifican los signos objeto de comparación, como se procede a explicar.

**Sustitución o intercambiabilidad:** los signos confrontados identifican productos correspondientes a “*suavizantes para ropa y suavizantes para tela*” por lo que estos tienen finalidades idénticas. En otras palabras, los bienes identificados por las marcas opositoras podrían ser sustituidos por los bienes que identifica la marca solicitada, ya que los mismos son intercambiables en cuanto a su finalidad.

**Razonabilidad:** Dada la cobertura de los signos enfrentados, esta Dirección encuentra que es posible que los mismos sean ofrecidos por el mismo empresario determinando la posibilidad real de que los consumidores se vean inducidos en falsas asociaciones derivadas de las prácticas habituales en el mercado, máxime cuando se trata de configuraciones semejantes.

Adicionalmente, como criterios adicionales se debe tener en cuenta lo siguiente:

**Canales comerciales y publicitarios:** Junto con ello, dado el tipo de canales comerciales a través de los cuales estos productos son ofrecidos y los canales publicitarios empleados

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

para su promoción, es claro que existe una relación entre los mismos, puesto que en ambos casos es posible acceder a uno u otro a través de los mismos conductos, asumiendo equivocadamente que en ambos casos se cuenta con un único origen empresarial, por lo que su registro no resulta procedente.

**Clasificación internacional:** Es importante indicar que los signos distintivos no identifican clases, sino productos o servicios y que, en una misma clase se pueden encontrar productos que están allí principalmente por criterios de abstracta finalidad, más que de la comunidad de otros factores que lleven a endilgar un mismo origen empresarial. No obstante, no hay duda de la relación entre los signos confrontados toda vez identifican el mismo tipo de productos, ubicados en la misma clase 3ª del nomenclador internacional. Por lo anterior, los consumidores al encontrar los signos en el mercado difícilmente podrían identificar los productos de su preferencia (confusión directa) y que ambos signos pertenecen a distinto origen empresarial (confusión indirecta)

**Análisis de la causal de irregistrabilidad establecida en el literal h) del artículo 136 de la Decisión 486.**

**Notoriedad del Signo Distintivo Opositor**

El opositor alega la notoriedad del siguiente signo:

Signo	Titular	Cobertura
 SUAVITEL	COLGATE-PALMOLIVE COMPANY	Suavizantes para tela, productos de la clase 3 de la Clasificación de Niza.

**Pronunciamentos previos acerca de la notoriedad de la marca Red Bull (Mixta).**

Con relación a los pronunciamentos sobre la notoriedad del signo opositor SUAVITEL, esta Dirección ha manifestado lo siguiente:

- Mediante Resolución N°32314 del 10 de mayo de 2018, proferida dentro del expediente N°SD2017/0076860, esta Superintendencia reconoció la notoriedad de la marca SUAVITEL (Nominativa), para identificar suavizantes para tela, productos de la clase 3 de la Clasificación de Niza, por el período comprendido entre el año 2012 y diciembre de 2017.

En vista de lo anterior, dado que la notoriedad reconocida al signo en comento se efectuó hasta el mes de diciembre de 2017, se hace necesario determinar a través del acervo probatorio allegado por la sociedad opositora, si el signo “SUAVITEL” continúa siendo notorio, en correspondencia a la fecha de solicitud del signo objeto de estudio.

**Valoración del acervo probatorio**

Procederá la Dirección a valorar el acervo probatorio aportado por la sociedad opositora, el cual busca demostrar que el signo “SUAVITEL” continua siendo notorio hasta la fecha, para identificar “*suavizantes para tela*” productos de la clase 3° de la Clasificación de Niza,

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

teniendo en cuenta los criterios para declarar la notoriedad de un signo, que establece el artículo 228 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina<sup>18</sup>.

**1. Pruebas tendientes a demostrar el grado de conocimiento de la marca entre los miembros del sector pertinente dentro de cualquier País Miembro (literal a del artículo 228 de la Decisión 486).**

El conocimiento de la marca entre los miembros del sector pertinente es un factor primordial para establecer su connotación de notoria y su sostenimiento como tal, toda vez que demuestra que el objetivo para el que fue creada se ha cumplido a cabalidad, es decir que ha servido para identificar los productos o servicios de su titular.

En este caso, el sector pertinente para la marca “SUAVITEL” está comprendido por todas aquellas personas jurídicas o naturales que hacen parte del sector de los “*suavizantes para tela*” en general y de productos de limpieza, bien sea como productores, transportadores, distribuidores o consumidores.

En esa medida, la notoriedad de la marca implica el conocimiento y difusión de esta, en donde pruebas como las que se estudian, son indiciarias en lo que al conocimiento de marca se refiere, pues mediante un método cualitativo como éste se puede inferir que el signo ha sido perceptible por el público consumidor.

Con el fin de acreditar que el signo “SUAVITEL” continua ostentando su calidad de signo notorio, la sociedad opositora relaciona en primer lugar estudio de investigación de mercado en más de 52 países y revisando más de 22,900 marcas, realizado por la prestigiosa consultora KANTAR, con el fin de obtener datos de consumo masivo, incluyendo dentro de sus datos el impacto de la pandemia del COVID-19 en el comportamiento de mercado; todo esto, como insumo para realizar el ranking anual de marcas más elegidas por los consumidores en diferentes sectores.

En la edición de 2020, hallaron que SUAVITEL ingresó al ranking del Top 25 marcas más elegidas en Colombia, ocupando la posición # 23, sin discriminar por sector pertinente donde participa, es decir, hay un alto nivel de recordación y consumo de este producto. Ahora bien, filtrando por marcas dentro de la canasta de cuidado del hogar, SUAVITEL ocupa la posición No. 3, es decir, el grado de conocimiento dentro del segmento pertinente por parte de consumidores, competidores y distribuidores dentro de este tipo de segmento, es altísimo.

Adicionalmente, la sociedad opositora allega para consulta oficiosa, el artículo periodístico titulado “Familia, Suavitel y Blancox son las marcas de aseo reinas en los hogares colombianos” publicado por el diario La República, donde se reconoce que SUAVITEL tiene el 82,7% en el listado del top cinco de favoritos de marcas de aseo.

Aunado a lo anterior, se allega la publicación del portal de comunicación Portafolio del mes de abril de 2019, de un estudio realizado por la firma RADDAR, que pretendía identificar, qué marcas relacionadas con la limpieza y el hogar recomendaban los colombianos, realizando entrevistas telefónicas a más de 9,500 personas en las principales ciudades del país como Barranquilla, Cali y Medellín, arrojando como resultados que, dentro de las marcas más recordadas, de forma amplia, se encuentra SUAVITEL en el puesto 7, extracto que se relaciona a continuación:

<sup>18</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Dirección de Propiedad Industrial. Resolución N°40786, 28 de Julio de 2011.

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

*“Aunque la pregunta fue abierta sobre la marca que se recomendaría, diez lograron los mayores puntajes entre más de 620 marcas: Fab, Ariel, Bonaropa, Brilla King, Rindex, Top, Suavitel, Fabuloso, Axion y Aromatel. También seis marcas más aumentaron su indicador de ser recomendadas: Bonaropa, que en el 2017 estaba en 3,49 por ciento, en el 2018 cerró en 6,23 por ciento, mientras que Brilla King este año obtuvo el 4,07 por ciento. Fenómenos similares ocurrieron con Rindex, Top, Suavitel y Fabuloso, sellos que tuvieron incrementos considerables al punto de que todos duplicaron su recordación<sup>19</sup>”.*

16/07/2020

Estimado equipo Suavitel:

Nos complace compartir con ustedes la edición 2020 del Ranking **Brand Footprint**: la revisión más completa de Kantar de las marcas que lideran el crecimiento global de FMCG.

Revisamos 22,900 marcas en 52 países—que representan el 74% de la población mundial y el 85% del producto interno bruto. Haciendo de este reporte la publicación más exhaustiva jamás realizada sobre las marcas de bienes de consumo masivo en todo el mundo.

La historia de este reporte gira entorno al cambio a favor de las marcas globales de consumo masivo, de las cuales de 20 del Top 25 muestran crecimiento.

También hemos examinado más de cerca los efectos de COVID-19. Con el comportamiento de compra en FMCG con crecimientos y caídas a corto plazo como nunca habíamos visto, con diferentes escenarios por país y categoría, nos centramos en algunos mercados clave para ver cómo estas fluctuaciones han afectado la elección de las marcas. En Kantar, seguimos enfocados en seguir cumpliendo con nuestros compromisos con nuestros clientes y ayudarles a navegar hacia su crecimiento y sustentabilidad en estos tiempos inciertos.

Como en años previos, nuestro reporte incluye el ranking anual de las **Marcas Más Elegidas** de FMCG y me complace informarles que **Suavitel** está este año en el ranking dentro del **Top 25 Marcas Más Elegidas en Colombia** ocupando la posición **#23** y es la **tercera marca más comprada dentro de la canasta de cuidado del hogar**.

Si desean obtener más información sobre las marcas en el ranking, pueden visitar el sitio **Brand Footprint y explorar los datos** donde podrán ver cómo se elige su marca por región y país. Además, si desean destacar el éxito de su marca, hemos creado un kit de herramientas listo para usarse.



lunes, 6 de julio de 2015

<sup>19</sup> Marcas + Recomendadas. Portafolio.com – abril de 2019. Consultado el: 25 de agosto de 2020.



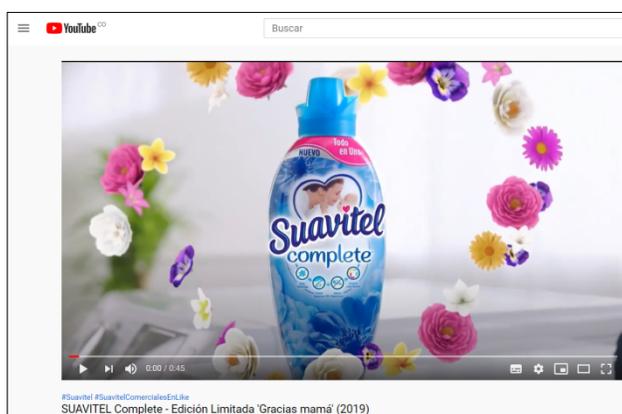
El plenario antes relacionado, corrobora el amplio espectro y alcance que ha tenido la marca SUAVITEL en todo el territorio nacional, como quiera que ha sido reconocida como una de las principales marcas de limpieza y cuidado para el hogar, así como de su preferencia por parte del consumidor, por encima de marcas como AROMATEL, AXION y FABULOSO.

Por lo tanto, las pruebas aportadas, son útiles, y se consideran determinantes en la declaración o reconocimiento de la notoriedad del signo distintivo, pues dan cuenta del grado de su conocimiento entre los miembros del sector pertinente en el territorio andino.

**2. Pruebas tendientes a demostrar la duración, amplitud y extensión geográfica de utilización de la marca (literal b del artículo 228 de la Decisión 486).**

El uso amplio de la marca es un factor primordial para establecer su connotación de notoria, toda vez que demuestra que el objetivo para el que fue creada se ha cumplido a cabalidad, es decir que ha servido para identificar los productos o servicios de su titular.

Sobre el uso de la marca SUAVITEL en el territorio nacional, la sociedad opositora relaciona piezas publicitarias audiovisuales (comerciales) de la marca SUAVITEL en la plataforma YouTube, que han tenido circulación en Colombia en los principales canales de comunicación del país:



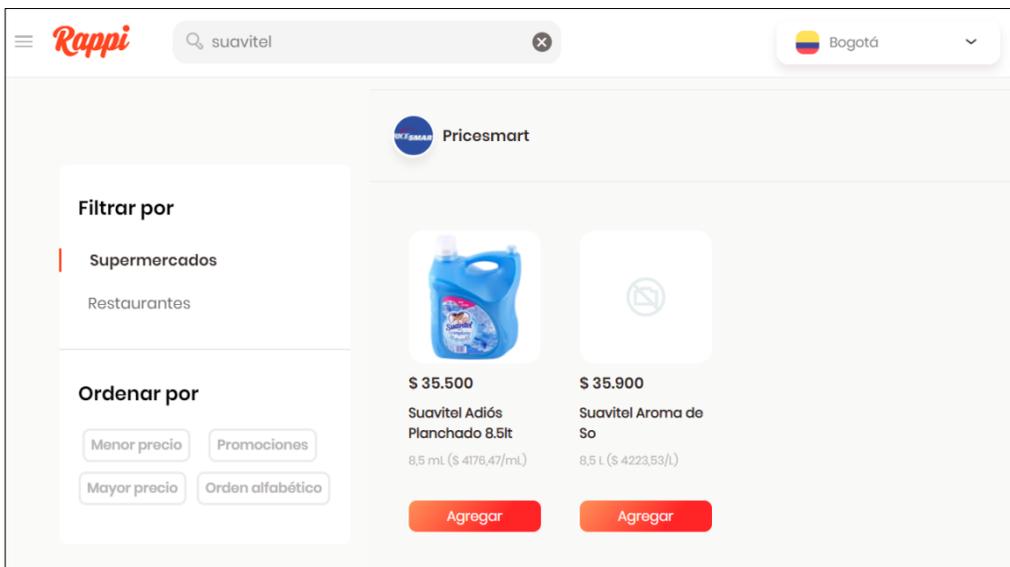
Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860



Del mismo modo, se relaciona la presencia de la marca SUAVITEL en plataformas digitales de venta de productos y servicios como RAPPI. Aunado a las piezas publicitarias realizadas por el departamento de marketing de Colgate Palmolive y también por sus firmas de publicidad tercerizadas, los cuales posteriormente fueron circulados a través de diferentes medios en nuestro país.

Lo anterior, es solo una muestra del tipo de material publicitario realizado para SUAVITEL, el cual es un esfuerzo y busca mantener el posicionamiento de marca y promocionarla y sus nuevos productos y subproductos por los diferentes medios de comunicación y supermercados más concurridos por los colombianos.



Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

Así las cosas, las pruebas aportadas, son útiles y determinantes en la declaración o reconocimiento de la notoriedad de un signo distintivo, pues dan cuenta del uso del signo notorio, así como de la extensión geográfica que abarca toda Colombia, tal como lo establece el literal b) del artículo 228 de la Decisión 486.

**3. Pruebas tendientes a demostrar la duración, amplitud y extensión geográfica de su promoción y la inversión en publicidad (literales c y d del artículo 228 de la Decisión 486).**

En la determinación de notoriedad de una marca, la publicidad permite medir el esfuerzo del empresario para difundir su marca, entendiendo que una mayor inversión en publicidad, así como una promoción prolongada y extensa, junto con la utilización de diferentes medios, tendrá como resultado que un mayor número de personas llegue a conocer la marca. En este sentido las pruebas tendientes a demostrar estos elementos indican el nivel de exposición que ha tenido el público en general ante la marca y, por lo tanto, el conocimiento que tiene de la misma.

Las piezas publicitarias allegadas, en conjunto con el material de prensa, información contenida en sitios web, dan cuenta de la constante exposición de la marca SUAVITEL por parte de su titular. Aunado a lo anterior, esta Dirección pudo constatar dentro del material probatorio aportado por la opositora, certificación emitida por la señora Ivon Patricia Lenis Rizo Revisora Fiscal de Colgate Palmolive Company, mediante la cual se certifican las unidades vendidas de productos identificados con la marca SUAVITEL, valor de venta neta y gastos relacionados con el rubro de publicidad de la marca mencionada por los años 2017, 2018, 2019 y por el primer semestre del año 2020.

De dicha certificación, logra establecerse que, la sociedad opositora COLGATE – PALMOLIVE COMPANY, con el propósito de mantener su marca en el mercado, continúa invirtiendo unas sumas considerables en publicidad de la marca SUAVITEL, a lo largo del periodo antes certificado y en un periodo inmediatamente anterior (2017-2019), demostrando continuidad en la labor de dar a conocer la marca.

Una vez analizado el plenario probatorio aportado, esta Dirección, acepta como veraz y adecuada la certificación de las sumas invertidas en publicidad, emitida por la señora Ivon Patricia Lenis Rizo Revisora Fiscal de Colgate Palmolive Company, para determinar el conocimiento de la marca SUAVITEL a través de los esfuerzos en campañas de publicidad, comerciales, puesta en el comercio de productos, entre otros. Si bien la inversión en publicidad es un acto común que cualquier empresario debe realizar para la promoción de sus productos o servicios en el mercado, es claro para esta Dirección que no cualquier compañía está en la capacidad de invertir en efecto tales cantidades que certificadas, establecen una promoción prolongada y extensa en el territorio nacional.

**4. Pruebas tendientes a demostrar los volúmenes de ventas (literal e del artículo 228 de la Decisión 486)**

Los ingresos asociados a una marca son aquellos recursos o utilidades que su titular percibe gracias a la explotación comercial de la misma. Si las cifras de ingresos son reportadas por el uso de la marca son considerables, es de suponer que en esa misma medida será considerable el uso o explotación comercial de la marca y, por tanto, el conocimiento que de ella tienen los consumidores o usuarios.

Con el fin de probar los ingresos por ventas de los productos comercializados dentro de la clase 3, la señora Ivon Patricia Lenis Rizo Revisora Fiscal de Colgate Palmolive

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

Company, certifica las sumas obtenidas por concepto de venta de los productos identificados con la marca SUAVITEL a nivel nacional. Las cifras relacionadas en dicha certificación, dan cuenta de que el signo SUAVITEL y los productos identificados con dicha marca, son ampliamente conocidos por el consumidor colombiano y que además es consumido masivamente, siendo el total de unidades vendidas desde la última declaratoria de notoriedad (2017) una suma de 324,305,100 unidades.

Con lo anterior, queda demostrado que la sociedad COLGATE – PALMOLIVE COMPANY, goza en términos monetarios de la explotación de la marca SUAVITEL y ello es propio de un esfuerzo en cuanto a la calidad del producto y esfuerzos de orden económico y promocional que han logrado posicionar la marca hasta convertirla en una de las marcas más reconocidas en Colombia y una marca líder dentro del segmento de mercado de productos para el hogar, concretamente, suavizantes de tela.

En ese sentido, esta Dirección, acepta como veraz y adecuada la certificación de los ingresos obtenidos y es entonces evidente el hecho de los ingresos multimillonarios que la citada empresa recibe con ocasión de la venta de sus productos, demuestra el elevado nivel de explotación comercial de la marca en comento y un alto nivel de consumo de sus productos, lo que debe tenerse en cuenta para determinar la notoriedad de la marca pues una comercialización de ese nivel solo sucede cuando la marca es utilizada extensa y ostensiblemente como signo distintivo, caso en el cual de manera indirecta implica un amplio reconocimiento y recordación de la marca.

**5. Pruebas tendientes a demostrar la existencia y antigüedad de cualquier registro o solicitud de registro del signo distintivo en el País Miembro o en el extranjero (literal k del artículo 228 de la Decisión 486).**

Sobre la existencia y antigüedad de registros marcarios, encontramos que en el material probatorio se evidencia que el signo SUAVITEL, cuenta con registros de marca en países de la Comunidad Andina como: Bolivia, Ecuador y Perú, desde aproximadamente el año 1995. Es decir, que hace 26 años aproximadamente, el signo en comento cuenta con protección y en efecto demuestran la acuciosidad de la sociedad opositora por salvaguardar su activo intangible.

Aunado a lo anterior, en el Registro de la Propiedad Intelectual SIPI (Colombia), se evidencia que el signo SUAVITEL fue solicitado en Colombia por primera vez en 2002. Desde entonces, ha venido afianzando la protección de sus marcas, logrando consolidarse como una familia de marcas, cuya característica principal es la inclusión de la expresión SUAVITEL. Muestra de ello se relacionan los siguientes:

Tipo	Signo	Titular	Expediente	Niza	Clase	Trámite	Estado	Vigencia
Nominativa	SUAVITEL PEACH HARMONY	COLGATE-PALMOLIVE COMPANY	13144461	10	3	Marca	Registrada	26/12/2023
Nominativa	SUAVITEL COMPLETE		13120683	10	3	Marca	Registrada	18/12/2023
Mixta	SUAVITEL ADIOS AL PLANCHADO COMPLETE		13176811	10	3	Marca	Registrada	30/04/2024
Nominativa	SUAVITEL 100% DELICIOSO AROMA		13146612	10	3	Marca	Registrada	31/01/2024

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

Nominativa	SUAVITEL ARMONÍA DE DURAZNO	COLGATE-PALMOLIVE COMPANY	13144462	10	3	Marca	Registrada	30/04/2024
Mixta	SUAVITEL GRACIAS MAMA		12069104	9	3	Marca	Registrada	31/08/2022
Nominativa	SUAVITEL AROMA INTENSE		13031727	9	3	Marca	Registrada	21/08/2023
Nominativa	Suavitel Vive Más		12130308	9	3	Marca	Registrada	25/08/2023
Nominativa	SUAVITEL EXPLOSION PRIMAVERAL		13220836	10	3	Marca	Registrada	07/04/2024
Nominativa	SUAVITEL CUIDADO SUPERIOR		SD2016/0003784	10	3	Marca	Registrada	09/10/2027
Nominativa	SUAVITEL EXPLOSIÓN TROPICAL		14126362	10	3	Marca	Registrada	18/12/2024
Nominativa	Suavitel Aroma superior que dura y perdura		14089040	10	3	Marca	Registrada	25/08/2025
Mixta	Suavitel Gracias Mamá		SD2018/0003222	11	3	Marca	Registrada	19/07/2028
Nominativa	SUAVITEL BLANCA NAVIDAD		SD2017/0072529	11	3	Marca	Registrada	14/03/2028
Nominativa	SUAVITEL DULCES PLACERES	SD2016/0029004	10	3	Marca	Registrada	08/02/2028	
Nominativa	SUAVITEL ADIÓS A LA ESPUMA	COLGATE-PALMOLIVE COMPANY	13247396	10	3	Marca	Registrada	27/05/2024
Nominativa	SUAVITEL ADIÓS AL ENJUAGUE		13246677	10	3	Marca	Registrada	27/05/2024
Nominativa	SUAVITEL ADIOS AL SECADO		13228052	10	3	Marca	Registrada	27/05/2024
Nominativa	SUAVITEL PETALOS DE AMOR		14041879	10	3	Marca	Registrada	15/05/2025
Nominativa	SUAVITEL 100% INTENSO AROMA		14028107	10	3	Marca	Registrada	26/08/2024

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

Nominativa	SUAVITEL 100% RENDIDOR	COLGATE-PALMOLIVE COMPANY	14020216	10	3	Marca	Registrada	29/08/2024
Nominativa	SUAVITEL SIN ENJUAGUE		05105325	8	3	Marca	Registrada	17/05/2026
Nominativa	SUAVITEL LIBRE ENJUAGUE		05105324	8	3	Marca	Registrada	31/08/2026
Nominativa	SUAVITEL SENSATIONS		05035180	8	3	Marca	Registrada	21/08/2025
Mixta	SUAVITEL		06063789	8	3	Marca	Registrada	17/07/2027
Nominativa	SUAVITEL		06014136	8	3	Marca	Registrada	13/02/2027
Nominativa	SOFLAN SUAVITEL MOMENTOS MÁGICOS		05114962	8	3	Marca	Registrada	31/01/2028
Nominativa	SUAVITEL HEARTS		04037559	8	3	Marca	Registrada	13/07/2025
Nominativa	SUAVITEL CORAZONES		04037557	8	3	Marca	Registrada	10/06/2025
Mixta	SOFLAN SUAVITEL(LO DEMAS SERA EXPLICATIVO)		02101960	8	3	Marca	Registrada	25/06/2023
Mixta	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE	08082111	9	3	Marca	Registrada	27/05/2029	
Mixta	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE	08082105	9	3	Marca	Registrada	27/05/2029	
Mixta	SOFLAN SUAVITEL NATURA VERDE	10134228	9	3	Marca	Registrada	31/10/2021	
Mixta	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE	08082103	9	3	Marca	Registrada	27/05/2029	
Mixta	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE	08082101	9	3	Marca	Registrada	27/05/2029	
Mixta	SENSACIONES SUAVITEL SIN ENJUAGUE	08082100	9	3	Marca	Registrada	27/05/2029	

**Conclusiones respecto del análisis probatorio**

Los documentos antes enunciados no solamente ofrecen una idea general de la situación del mercado a través del cual la sociedad COLGATE – PALMOLIVE COMPANY,

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

desarrolla su actividad empresarial a través de la marca “SUAVITEL”, sino que sirven para dar una interpretación clara de la marca en el escenario económico.

En efecto, el estudio de mercado aportado aunado a las publicaciones en los diferentes medios de prensa e información colombianos, muestran el conocimiento y la difusión que ha tenido la marca SUAVITEL, pues mediante un método cuantitativo, se obtiene de primera mano información real del mercado, del conocimiento del consumidor sobre sus hábitos de consumo, del recuerdo que tiene de las marcas y de su posicionamiento en relación con sus competidores, por lo que se convierten en unas pruebas útiles y pertinentes para demostrar el conocimiento generalizado del signo opositor.

Por lo tanto, y dado que las pruebas dieron cuenta del cumplimiento de los criterios cualitativos y cuantitativos necesarios para que un signo sea declarado como notorio, esta Dirección extiende la notoriedad de la marca “SUAVITEL”, para identificar “*suavizante para tela*”, productos comprendidos en la clase 3° internacional, para el periodo comprendido entre el mes de enero de 2018 al mes de junio de 2020.

**Análisis comparativo frente a marca notoria SUAVITEL:**

Los signos bajo estudio son los siguientes:

Signo solicitado	Signo Notorio
 <p>Savitex Suavizante para la ropa</p>	 <p>SUAVITEL</p>

El riesgo de confusión es la posibilidad de que el consumidor adquiriera un producto o servicio pensando que está adquiriendo otro (confusión directa), o que adquiriera un producto o servicio pensando que éste tiene un origen empresarial distinto al que realmente vincula (confusión indirecta).

Volviendo al caso que nos ocupa, dada la importancia y presencia en el mercado nacional, así como el grado de recordación del signo opositor, el mismo ha sido considerado como notorio. De acuerdo con lo anterior, la Dirección encuentra que, la configuración de los signos SAVITEX/ SUAVITEL, sí genera en el consumidor un riesgo de confusión, pues los signos confrontados permiten que en su visión en conjunto ambas marcas se confundan debido a las semejanzas que presentan, razón por la cual el consumidor está en la capacidad de establecer una relación entre ambas.

En este caso los signos presentan similitudes desde el punto de vista gramatical, fonético y visual, tal y como quedó demostrado en el aparte de “Análisis comparativo frente a marcas opositoras SUAVITEL”, en la medida en que comparten raíces y terminaciones similares, así como un tipo de letra y colores que están presentes en la mayor parte de los productos identificados con dicha marca, con lo cual, se establece que existen semejanzas entre los signos en cotejo.

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

Así las cosas, el consumidor medio creería que está adquiriendo la marca que conoce SUAVITEL cuando en realidad adquiere otra SAVITEX (confusión directa) y a su vez el comprador al enfrentarse a una marca nueva puede considerar que es la versión nueva o una nueva línea de productos del mismo empresario del cual proviene la marca notoria.

Adicionalmente, debemos partir de que los servicios que distinguen ambas marcas pertenecen a la misma clase del nomenclador, estando dirigidas al mismo sector de negocio, que corresponde a los suavizantes para tela, lo que incrementa aún más el riesgo de confusión frente a la marca notoria.

### **Pérdida de Valor Publicitario o de Fuerza Distintiva**

Las marcas notorias, a la luz de la norma andina, se encuentran protegidas contra la llamada dilución de su fuerza distintiva. Una marca notoria está revestida de una fuerza distintiva sobresaliente. Así las cosas, la protección frente a la dilución se encamina principalmente a defender la integridad de la marca debido a su especial aptitud distintiva, la que podría verse lesionada de diseminarse su utilización para productos o servicios distintos, ya que esto podría afectar el prestigio de la marca y, eventualmente, la llevaría a perder su posición y significación exclusiva en el mercado.

En este punto es preciso determinar la fuerza distintiva intrínseca del signo notorio, asociado a los productos identificados. Así, se observa que, en atención a que la notoriedad de una marca es fruto del esfuerzo económico del titular, lo cual se revierte en el aumento del valor comercial y publicitario que le representa dicha marca, la norma andina extiende su protección a las conductas que pudieren generar la dilución de su valor comercial o publicitario.

En este sentido, el Tribunal de la Comunidad Andina ha sostenido que: *“En todo caso deberá probarse alguno o algunos de los riesgos a los que pueden estar expuestas las marcas notorias, es decir, no basta con probar la notoriedad de la marca para otorgar su protección más allá de los principios de territorialidad y de especialidad, sino que se deberá probar también el riesgo o los riesgos de dilución, uso parasitario o asociación, ya analizados”*<sup>20</sup>.

Volviendo al caso que nos ocupa, esta Dirección estima que la marca solicitada atenta contra la integridad de la marca notoria en la medida en que la fuerza distintiva de esta última se ve afectada por el uso de la primera, ya que, en lugar de ser una sola marca con ciertas características notoriamente conocidas, va a haber dos marcas con orígenes totalmente diferentes, con las mismas características, por lo que es evidente que la distintividad de la marca notoria se va a ver afectada y debilitaría a futuro su habilidad para identificar sus futuros productos y servicios.

Tratándose de la marca notoria, el principio de la especialidad se romperá progresivamente y de acuerdo con el conocimiento y prestigio probado. En ese entendido, esta Dirección, considera que los elementos de prueba presentados acreditan que la notoriedad que se le reconoció y extendió a la marca “SUAVITEL”, era percibida por una gran parte del público consumidor, en particular para identificar productos “*suavizantes para tela*”.

Aunado a lo anterior y con relación al argumento de la sociedad opositora, frente al aprovechamiento del valor comercial o publicitario del signo notorio, es preciso indicar que

<sup>20</sup> TJCA PROCESO 091-IP-2009

Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

dicho prestigio, se debe en primer lugar a la calidad del producto o servicio que identifica el signo notorio, y tal vez como razón secundaria, a la difusión del mismo; en otras palabras, el empresario primero busca que el signo represente la calidad de su producto o servicio y después su difusión, pues entre otros factores, la buena calidad es por sí misma un factor de difusión del conocimiento del signo por parte de los consumidores, aun sin la intervención del titular.

Se ha advertido dentro de la presente resolución que las marcas notorias tienen un estatus especial y gozan de una protección especial. Así las cosas, puede inferirse que la norma andina busca evitar que el uso indebido de una marca permita el aprovechamiento del prestigio o fama ajena y, de esta forma, obtener porciones de mercado apalancándose en el esfuerzo ajeno.

Teniendo en cuenta lo anterior, y dejando de presente que los signos identifican y pretenden identificar productos que comparten los mismos canales de comercialización y distribución, no logra establecerse el distinto origen empresarial. Así las cosas, el consumidor podría eventualmente asociarlas a un único origen empresarial, dando lugar a un aprovechamiento indebido del prestigio y el esfuerzo ajeno, por lo cual, el signo solicitado “**Savitex Suavizante para la ropa**”, resulta irregistrable.

### Conclusión

En consecuencia, el signo objeto de la solicitud está comprendido en las causales de irregistrabilidad establecidas en el artículo 136 literales a) y h) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

En mérito de lo expuesto esta Dirección,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Extender la notoriedad del signo **SUAVITEL** (Mixta)<sup>21</sup>, para identificar “*suavizantes para tela*”, productos comprendidos en la clase 3° internacional, para el periodo comprendido entre el mes de enero de 2018 al mes de junio de 2020.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Declarar fundada la oposición interpuesta por **COLGATE-PALMOLIVE COMPANY**.

**ARTÍCULO TERCERO:** Negar el registro de la Marca **Savitex Suavizante para la ropa** (Mixta), para distinguir productos comprendidos en la clase 3 de la Clasificación Internacional de Niza<sup>22</sup>, solicitada por **JEGO CLEAN S.A.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

**ARTÍCULO CUARTO:** Notificar a **JEGO CLEAN S.A.S.**, solicitante del registro y a **COLGATE-PALMOLIVE COMPANY**, sociedad opositora, el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma, advirtiéndoles que contra dicha resolución procede el recurso de apelación ante el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial, interpuesto dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de notificación.

---



<sup>21</sup>

<sup>22</sup> 3: Suavizantes para la ropa; suavizantes de textiles.

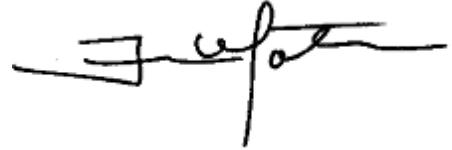
Resolución N° 58898

Ref. Expediente N° SD2020/0029860

**ARTÍCULO QUINTO:** En firme esta resolución archívese el expediente.

**Notifíquese y Cúmplase.**

Dado en Bogotá D.C., el 23 de septiembre de 2020



**JUAN PABLO MATEUS BERNAL**  
**DIRECTOR DE SIGNOS DISTINTIVOS**



Medellín, diciembre 19 de 2023

Señores

**JAIME ECHEVERRÍA ABOGADOS**

Cali, Valle del Cauca

Asunto: Propuesta de honorarios para investigación en el exterior relacionada el cargo de estibador en COLGATE PALMOLIVE – CONFIDENCIAL

Respetados Señores:

Asset Trace Solutions les agradece haberse puesto en contacto con nosotros, para solicitar una cotización de honorarios con el fin de adelantar una búsqueda en el exterior que permita establecer que Colgate Palmolive “*cuenta con el cargo de ESTIBADOR (Cargue y descargue producto terminado), su salario y tipo de contratación en las sucursales extranjeras*”.

## **A. Presentación de nuestra empresa**

Asset Trace Solutions es una compañía especializada en investigación y recuperación de activos para el pago de deudas o condenas, por medio de una red de profesionales localizados en las principales jurisdicciones.

Asset Trace Solutions tiene abogados con experiencia consolidada en procedimientos judiciales nacionales e internacionales, especialmente en recuperación de activos, y cuenta con el apoyo de un equipo multidisciplinar que incluye abogados, investigadores, contadores forenses, entre otros.

Carrera 22 No. 17-325, Ed. Access Point, of. 1054, Medellín – Colombia  
2875 NE 191<sup>st</sup>, Suite 500, Aventura, FL33180, Miami – EE.UU.

E-mails: [alejandro@assettracesolutions.com](mailto:alejandro@assettracesolutions.com) / [raul@assettracesolutions.com](mailto:raul@assettracesolutions.com)

[www.assettracesolutions.com](http://www.assettracesolutions.com)



## **B. Actividades que pueden adelantarse en este caso: aplicación del Estatuto 1782 del Código Civil de los Estados Unidos**

De acuerdo con la información preliminar suministrada por ustedes (buscan obtener copias de los contratos de estibadores de Colgate-Palmolive en distintos países, especialmente en Latinoamérica) y las investigaciones iniciales adelantadas por nosotros, proponemos acudir a los Estados Unidos (donde está la casa matriz de Colgate Palmolive) y aplicar el Estatuto 1782 del Código Civil de este país, el cual regula la asistencia judicial para el uso, en demandas ante un tribunal extranjero (en este caso, ante los Jueces Colombianos), de información obtenida en EE.UU.

En efecto, en los EE.UU. existe la posibilidad de hacer un pedido a la corte federal, para que obligue a individuos o compañías a entregar ciertas pruebas (testimonios y documentos), para su uso en demandas ante un tribunal extranjero. Uno de los requisitos que debe cumplirse es que el individuo o compañía se encuentre o resida en el distrito de la corte.

En este caso, podemos pedir, en una sola aplicación de la 1782 (un solo escrito), la entrega de pruebas por parte de todas las compañías Colgate-Palmolive que estén en un mismo distrito judicial en los EEUU.

Hasta ahora, hemos identificado 34 compañías con el nombre Colgate-Palmolive en el distrito de Delaware (muchas de ellas tienen referencia a Latinoamérica, lo que indicaría que podría encontrarse los documentos que ustedes buscan):

COLGATE-PALMOLIVE (AMERICA) INC.  
COLGATE-PALMOLIVE C.A., LLC  
COLGATE-PALMOLIVE (CARIBBEAN) INC.  
COLGATE-PALMOLIVE (CENTRAL AMERICA) INC.  
COLGATE-PALMOLIVE CENTRAL EUROPEAN MANAGEMENT INC.  
COLGATE-PALMOLIVE CHARITABLE FOUNDATION  
COLGATE - PALMOLIVE CIA



COLGATE-PALMOLIVE COMPANY  
COLGATE-PALMOLIVE DEL PERU (DELAWARE), INC.  
COLGATE-PALMOLIVE DE PUERTO RICO, INC.  
COLGATE-PALMOLIVE DEVELOPMENT CORP.  
COLGATE-PALMOLIVE (DOMINICA), INC.  
COLGATE-PALMOLIVE (DOMINICAN REPUBLIC) INC.  
COLGATE-PALMOLIVE (EGYPT) S.A.E.  
COLGATE-PALMOLIVE ENTERPRISES, INC.  
COLGATE-PALMOLIVE EXPORT COMPANY  
COLGATE-PALMOLIVE GENERAL CORP.  
COLGATE-PALMOLIVE GLOBAL TRADING COMPANY  
COLGATE-PALMOLIVE HOLDING, INC.  
COLGATE-PALMOLIVE INC.  
COLGATE-PALMOLIVE (INDONESIA), INC.  
COLGATE-PALMOLIVE INTERNATIONAL HOLDING LLC  
COLGATE-PALMOLIVE INTERNATIONAL LLC  
COLGATE-PALMOLIVE INVESTMENT COMPANY, INC.  
COLGATE-PALMOLIVE INVESTMENTS, INC.  
COLGATE-PALMOLIVE LATIN AMERICA INC.  
COLGATE-PALMOLIVE (NEW YORK), INC.  
COLGATE-PALMOLIVE (P.R.) INC.  
COLGATE-PALMOLIVE (RESEARCH & DEVELOPMENT) INC.  
COLGATE-PALMOLIVE (TAIWAN), INC.  
COLGATE-PALMOLIVE TEMIZLIK URUNLERI SANAYI VE TICARET A.S.  
COLGATE-PALMOLIVE TRANSNATIONAL, INC.  
COLGATE-PALMOLIVE (ZAMBIA), INC.  
COLGATE-PALMOLIVE (ZIMBABWE) INC.

Ahora, hay otras compañías que Colgate-Palmolive ha declarado como sus subsidiarias en Delaware, que pueden interesar para el caso:

CPIF Venture, Inc.  
GABA Holdings Delaware, LLC  
Hill's Pet Nutrition Indiana, Inc.



Hill's Pet Nutrition Sales, Inc.  
Hill's Pet Nutrition, Inc.  
Hill's Pet Products, Inc.  
Kolynos Corporation  
Norwood International Incorporated

Lo ideal es incluir en la solicitud de la 1782 todas las compañías que potencialmente tengan los documentos que ustedes buscan.

Ahora bien, algunas de esas compañías pueden estar inactivas. Delaware cobra una tasa para buscar el status de cada compañía. Por lo tanto, haremos la investigación de las compañías efectivamente activas después de la contratación que se haga por ustedes de nuestros servicios y antes de definir cuales compañías serán objeto de la aplicación.

Por otro lado, la ley determina que la compañía debe producir los documentos que estén en su *possession, custody* o control, es decir, los documentos que la compañía tiene en su posesión o que tiene el poder de obtener acceso sin la necesidad de hacer un pedido a una compañía distinta.

Creemos que hay una buena posibilidad de que esas compañías tengan los documentos que buscan. Sin embargo, solo se podrá confirmar eso una vez hagamos el pedido judicial (no podemos dar ninguna garantía de que efectivamente se van a encontrar esos documentos u obligarnos a ello; nuestra obligación será de medios: adelantar oportunamente las gestiones tendientes a conseguirlos).

## **C. Propuesta de honorarios**

Por la investigación de cuales compañías están activas, la preparación de la solicitud de aplicación del Estatuto 1782 (con todos los documentos necesarios), su presentación a la corte federal, el procesamiento de los pedidos a las compañías y la obtención de respuestas, proponemos el pago de una suma fija de USD\$40.000.



Ahora, si hay una objeción por Colgate Palmolive a la aplicación del Estatuto 1782 (lo cual es posible), el trabajo nuestro para oponerse a esa objeción sería cobrado a una tarifa por hora de USD\$415.

No están incluidos en estos honorarios de suma fija:

- Los costos del abogado local de Delaware (estimamos costos entre USD\$3.000 y USD\$5.000 para la presentación de la Aplicación 1782).
- Costos del envío de las intimaciones (*subpoenas*) a las compañías (estimamos costos entre USD\$100 y USD\$800 por intimación, dependiendo de algunas variables).
- Costos de comparecer en audiencia, si es ordenado por la corte federal (aunque prácticamente todos los casos de aplicación del Estatuto 1782 son sin audiencia).
- Otros costos que puedan existir (*court reporters* en audiencias; costos que Colgate pueda cobrar por buscar los documentos, si debe incurrir en ellos; entre otros).

Todos nuestros servicios profesionales serán facturados (con la TRM vigente para el día de la facturación) y pagados en pesos colombianos, con el IVA correspondiente, salvo que exista un acuerdo previo entre las partes de realizarlo de otra manera.

Atentamente,

**Alejandro Velásquez Cadavid**  
**Abogado**

**Raul Torrão**  
**Abogado**