



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 247 DE 2007
(15 ENE. 2007)

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

Radicación: 06127898

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por el numeral 5 del artículo 2º del decreto 2153 de 1992, el artículo 32 del decreto 3466 de 2982, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que en el diario El Tiempo del 21 de diciembre de 2006, bajo el título "Polémica por la rifa del cuadro de Botero", se publicó una información relacionada con la propaganda comercial con incentivos utilizada por Bavaria S. A. y denominada "Promoción Club Colombia Botero", en la cual se afirmó que "Se trata de una estrategia publicitaria y no de un engaño. Es la explicación que da Bavaria al hecho de que el dueño del restaurante Andrés Carne de Res, Andrés Jaramillo, supiera el sábado que una de las 50 tapas que van a participar en la rifa de un cuadro del maestro Fernando Botero, valorado en un millón de dólares, saldría esa noche en ese exclusivo lugar de diversión del norte de Bogotá. La Vicepresidencia de Mercadeo de la cervecería explicó que el mencionado restaurante hace parte de una 'siembra estratégica', que consistió en poner 10 de las 50 tapas y raspa y gana que participaran en la rifa en lugares de alto consumo...".

SEGUNDO: Que con fundamento en la referida información y en ejercicio de sus facultades de protección al consumidor, el día 21 de diciembre de 2006 esta Superintendencia llevó a cabo una visita de inspección en las instalaciones de la sociedad Bavaria S. A., orientada a establecer las características generales de la propaganda comercial con incentivos denominada "Promoción Club Colombia Botero".

TERCERO: Que con ocasión de la visita practicada, este Despacho estableció que en la información suministrada a los distintos medios de comunicación no se hizo mención a aspectos tales como:

- Existencia de restricciones geográficas (ciudades y establecimientos) para tener acceso a las oportunidades de participar en el sorteo.
- Oportunidad de acceso a las tarjetas raspe y gane.
- Cantidad de producto para acceder a las tarjetas raspe y gane.

Por tal razón, el 27 de diciembre de 2007 este Despacho solicitó las respectivas explicaciones a la sociedad Bavaria S. A., bajo en el entendido de que con la conducta descrita se produjo una presunta violación de lo previsto en el artículo 16 del decreto 3466 de 1982 y en el Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

CUARTO: Que el 4 de enero de 2007, la sociedad Bavaria S. A. respondió la solicitud de explicaciones formulada por este Despacho, en los siguientes términos:

4.1. Mecánica de la "Promoción Club Colombia Botero"

Tras precisar que "La promoción Botero busca fortalecer el nuevo posicionamiento de la marca, mediante la asociación del producto con la calidad colombiana, representada en este caso en una obra del maestro FERNANDO BOTERO.", señaló que "El objetivo de la campaña consiste en que un consumidor de cerveza Club Colombia, sea ganador del cuadro 'Hombre Fumando' del maestro FERNANDO BOTERO."

Agregó que "En el sorteo final participarán 50 personas que resulten favorecidas. Las 50 personas favorecidas obtienen el derecho a participar si adquieren una tapa o un raspe y gane en el que aparezca la frase 'Usted es uno de los 50 elegidos'.", precisando que "Existen 18 tapas y 32 raspe y gane en los que se encuentra la frase 'Usted es uno de los 50 elegidos'; como es usual en este tipo de promociones 3 tapas y 7 raspe y gane que tienen la frase 'Usted es uno de los 50 elegidos', son direccionados (sic) a establecimientos de comercio mediante el mecanismo de 'siembra'; establecimientos que aparecen en la página web www.cervezaclubcolombia.com"

Continuando con la descripción de la promoción, advirtió que "Las 15 botellas con las tapas restantes, se mezclan en las canastas de cerveza Club Colombia en los diferentes depósitos de distribución de Bavaria y pueden llegar a cualquier ciudad y a cualquiera de los 433.000 puntos de venta donde Bavaria tiene distribución. Es decir, estas tapas pueden llegar a cualquier lugar del País donde se expendan cerveza Club Colombia.", en tanto que "Los 25 raspe y gane restantes se distribuyen al azar, mediante el mecanismo de activación en los 468 establecimientos que se mencionan en la página web www.cervezaclubcolombia.com. Las ciudades donde se encuentran ubicados los establecimientos en mención también aparecen en la página web y son informadas por las personas que atienden el call center (sic) en los teléfonos 018000 526555 (línea gratuita nacional) y 2755505 (en Bogotá) (ver documento instructivo del call center (sic)."

Añadió, así mismo, que "Los 468 establecimientos se encuentran divididos en 350 restaurantes y bares, y 118 supermercados. El mecanismo de activación consiste en el desplazamiento de brigadas de impulsadoras (sic) que visitan dichos establecimientos de manera rotativa."

Luego de destacar el hecho de que "...este proceso es auditado por la firma PriceWaterhouse Coopers", hizo una relación de los medios de comunicación a través de los cuales fue lanzada la propaganda comercial, para concluir que "...en la totalidad de la campaña pautaada en los diferentes medios y mecanismos publicitarios, la información que recibe el consumidor es la pertinente, suficiente, necesaria y relevante para efectos de entender la forma como puede acceder a la posibilidad de ganar el cuadro 'Hombre Fumando' del maestro Fernando Botero."

Precisado lo anterior, procede a dar "...respuesta a cada uno de los cargos endilgados a Bavaria S. A...", comenzando con la "Existencia de restricciones para tener acceso a las oportunidades de participar en el sorteo del cuadro 'Hombre Fumando' del maestro Fernando Botero".

Bajo este epígrafe se afirma que "Como se puede apreciar en cada uno de los elementos publicitarios adjuntos (anexos c y d), aparece la expresión 'Para mayor información sobre requisitos y condiciones favor ingresar a www.cervezaclubcolombia.com o comunicarse con la línea gratuita nacional 018000 526555 y en Bogotá 2755505...', la cual es parte del cuerpo principal de cada uno de los elementos.", a lo que agregó que "La publicidad claramente indica que existen condiciones y restricciones, las cuales pueden conocerse

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

accediendo a la página web y números telefónicos mencionados.”

A renglón seguido, sostiene que “Sobre este aspecto en particular nos permitimos aclarar que por medio de consulta elevada ante la Superintendencia de Industria y Comercio radicada bajo el número 2004076188 del día 5 de agosto de 2004, esta Entidad manifestó, sobre la posibilidad de remitir al consumidor a una página de Internet para conocer las condiciones, restricciones, vigencias y demás requisitos; lo siguiente:

“Puede observarse, entonces, que si bien las normas citadas reglamentan específicamente las condiciones que debe tener la propaganda comercial con incentivos y la información que mediante ésta se le dé al consumidor, no existe disposición legal que impida que en dicha publicidad se remita al consumidor a una página de Internet en la cual se le indicarán los detalles e información de la promoción respectiva. Ello siempre que dicha remisión se realice de manera que no haya lugar a duda para el consumidor que debe remitirse al sitio o lugar señalado para obtener efectivamente toda la información mínima sobre la promoción señalada en la mencionada circular y que la información que se dé en la propaganda no induzca al público en error. (Subraya y negrilla fuera de texto)”

En relación con las “Ciudades seleccionadas”, aseguró que “Las tapas con la frase ‘Usted es uno de los 50 elegidos’, pueden caer en cualquier ciudad, pueblo o establecimiento del país donde se expendan Club Colombia; por ende, no existen ciudades seleccionadas dentro de la promoción para este fin.”, a lo que se suma que “Los raspe y gana se entregan a través del mecanismo de activación antes explicado en las 24 ciudades de mayor consumo de Club Colombia en el territorio nacional. La información relativa a las ciudades para los raspe y gane, se encuentra en la página web www.cervezaclubcolombia.com y es suministrada por las personas que atienden el call center (sic).”

Respecto de los “Establecimientos seleccionados”, manifestó que los mismos “...se encuentran publicados en la página www.cervezaclubcolombia.com en el vínculo correspondiente a establecimientos, en el cual al hacer clic, bien sea en supermercados o Bares y Restaurantes se despliega una listad de los mismos, es decir de los seleccionados para participar en la promoción Club Colombia Botero.” y que los criterios para seleccionarlos fueron tres, a saber: “a.) El volumen de consumo de cerveza Club Colombia; b.) El perfil del consumidor y c.) La distribución geográfica de los establecimientos.”

Fue así como “Se seleccionaron 468 establecimientos de acuerdo a los anteriores requisitos dentro de las 24 ciudades de mayor consumo de cerveza Club Colombia; estos establecimientos son para la distribución de los 242.000 raspe y gane que se entregan a través del mecanismo de activación antes explicado y para la siembra de 3 tapas. La información relativa a los establecimientos se encuentra disponible para el conocimiento del público, desde el mismo día en que se lanzó la promoción, en la página web www.cervezaclubcolombia.com”

Frente a la “Oportunidad de acceso a las tarjetas raspe y gane”, citó el señalamiento hecho en la página web www.cervezaclubcolombia.com: “En los siguientes establecimientos podrás encontrar las tarjetas promocionales o las tapas de tu cerveza Club Colombia, ya que todas tienen la oportunidad de ganar... y en la línea gratuita nacional se informa cuales son los establecimientos seleccionados en donde pueden encontrar las tarjetas promocionales o raspe y gane. Como se explicó antes, cuando llega la brigada de activación, esta le informa a las personas la posibilidad de obtener un raspe y gane, cuando compran una cerveza Club Colombia si están en un bar o restaurante. En los supermercados reciben 1 raspa y gane por cada 6 cervezas Club Colombia compradas.”

Aclaró, además, que “Si el consumidor compra cerveza Club Colombia, y la brigada no se encuentra en ese momento en el establecimiento, el consumidor sigue participando de la promoción a través de la tapa. Es decir, los raspe y gane constituyen una oportunidad

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

adicional, además de la tapa, para que los consumidores accedan a una de las 50 opciones de participar en la rifa final del cuadro."

Sobre la "Cantidad de producto que permite acceder a una tarjeta raspe y gane", indicó que "Las tarjetas raspe y gane solamente se reparten en los establecimientos seleccionados a través de las brigadas. Las promotoras que participan en estas brigadas tienen instrucciones específicas de comunicarle al consumidor el número de cervezas Club Colombia que debe adquirir para recibir una tarjeta raspe y gane (1 cerveza en restaurantes y bares, y 6 cervezas en Supermercados), (ver anexo e, Manual de Capacitación Impulsadoras (sic)). Cuando no hay activación participan de todas maneras todas las botellas retornables de 330 cm³ a través de las tapas."

En cuanto al "Término de Vigencia de la Promoción", sostuvo que "En los mensajes publicitarios que se publican en prensa, paraderos y revistas (anexo c), aparece el siguiente texto: 'PROMOCIÓN VÁLIDA DEL 3 DE DICIEMBRE AL 30 DE ENERO DE 2007'.", agregando que "...en dicha publicidad se indica que la fecha del sorteo es el 28 de febrero de 2007.", por lo que colige que "...Bavaria S.A. cumple a cabalidad con los presupuestos generales que gobiernan la información dirigida al consumidor, esto es, veracidad y suficiencia; en la medida que las piezas publicitarias informan o direccionan (sic) al consumidor a una página de Internet, la cual contiene todos y cada uno de los requisitos y condiciones de la promoción."

4.2. "La Promoción Botero es una campaña publicitaria que debe ser analizada en conjunto"

En relación con este tema, cita al tratadista Jorge Jaeckel para afirmar que "El análisis de un anuncio debe hacerse en su conjunto y dentro del contexto en el que se presenta. En tal sentido no es correcto analizar afirmaciones sueltas y descontextualizadas, toda vez que el consumidor no decodifica el mensaje en varias imágenes o afirmaciones, sino como un todo que transmite una idea central siguiendo una misma línea de argumentación". Así mismo, transcribe algunos apartes de la resolución 18441 del 20 de junio de 2002 proferida por esta Superintendencia, según la cual "Ateniéndonos a las pruebas documentales aportadas al proceso, en cuanto al aviso o mensaje publicitario a que hace mención el denunciante, este despacho advierte que deben ser apreciadas en su conjunto como un todo, sin que sea admisible separar frases, palabras, objetos, dibujos e información de la pieza procesal, para hacer referencia a un solo elemento de ella, por cuanto desmaterializa el documento. Es claro que el documento es indivisible y debe ser apreciado en todo su conjunto..."

A continuación, reproduce algunos apartes de la "...Resolución No. 5113 de 2006 (sic)..." de esta Superintendencia, para referirse a "...lo (sic) parámetros establecidos por la SIC para evaluar el carácter integral de la información suministrada al consumidor", así:

"No estando expresamente delimitada por la ley la forma como la susodicha 'información' deba de hacerse 'llegar' al consumidor, en el sentido que se tenga que optarse por determinado mecanismo para hacerla de conocimiento del público, esto es la manea o mecanismo de darla a conocer, estableciendo que sea escrita en todos los casos, por ejemplo, conlleva e implica que otros medios de información podrían ser admisibles como válidos y ajustados a la norma, siempre y cuando se cumplan las demás previsiones de la ley, esto es que la susodicha información, sea 'veraz' y 'suficiente'."

Hechas las anteriores citas, sostiene que "...es claro que dentro del proceso de compra los consumidores se enfrentan a una serie de decisiones, por ende la información suministrada al consumidor al momento de la venta se constituye como una de las principales herramientas al tomar una decisión definitiva de compra, en la medida que la

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

mayoría de las actividades de promoción tienen lugar en el fin del ciclo de comunicación con el consumidor, es decir el sitio de compra, que ofrece la última oportunidad de hacer llegar un mensaje informativo a éstos (sic). Por tal motivo la información suministrada al consumidor por la (sic) impulsadoras (sic) se constituye en elemento primordial de la comprensión de la promoción por parte de los consumidores."

Concluye así, "...que la actividad promocional cumplió a cabalidad con los supuestos normativos de veracidad y suficiencia. Así mismo es necesario aclarar que la propaganda comercial es integral e involucra varios medios de comunicación (prensa, radio, paraderos, página web, call center (sic), impulsores (sic) y puntos de venta) a través de los cuales se informaron los requisitos de la misma, por tal motivo el análisis y estudio de cada pieza en particular se debe hacer guardando la relación de la parte estudiada con la demás que componen el grupo."

Finalmente anexó algunos documentos como prueba de sus afirmaciones, al tiempo que solicitó la práctica de algunas pruebas testimoniales.

QUINTO: Que mediante Auto No. 22 del 11 de enero de 2007, esta Superintendencia admitió como pruebas dentro de la presente actuación administrativa, las documentales aportadas por la sociedad Bavaria S. A. y negó el decreto y práctica de las testimoniales solicitadas por la investigada.

SEXTO: Que en relación con los argumentos expuestos por la sociedad Bavaria S. A., este Despacho efectúa las siguientes consideraciones:

Como se precisó en la solicitud de explicaciones con la que se dio inicio a la presente investigación, con fundamento en la información relacionada con la "Promoción Club Colombia Botero" obtenida durante la visita realizada a Bavaria S. A. el 21 de diciembre de 2006, así como la difundida a través de diversos medios de comunicación, se pudo establecer que no existe mención alguna a aspectos tales como:

- Existencia de restricciones para tener acceso a las oportunidades de participar en el sorteo del cuadro "Hombre Fumando" del maestro Fernando Botero, respecto de:

- Ciudades seleccionadas.
- Establecimientos seleccionados.
- Oportunidad de acceso a las tarjetas *raspe y gane*.
- Cantidad de producto que permite acceder a una tarjeta *raspe y gane*.

- Término de vigencia de la promoción.

Fue precisamente la falta de información en torno a las referidas circunstancias, lo que permitió advertir que, al parecer, se habría infringido lo previsto en el artículo 16 del decreto 3466 de 1982 en concordancia con el Capítulo Segundo, Título II de la Circular Única de esta entidad, motivo por el cual en el examen que se realizará habrá de analizarse si tales omisiones en la propaganda comercial con incentivos empleada por Bavaria S. A. constituyen o no una infracción a las normas vigentes sobre publicidad, en particular las contenidas en el artículo 16 del decreto 3466 de 1982, cuyo tenor literal es el siguiente:

" Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77 del Código de Comercio, los productores serán responsables ante los consumidores, en los términos de los artículos 31 y 32 de este decreto, por la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como ofrecimiento de rifas, sorteos, cupones, vales, fotos, figuras, afiches, imágenes o cualquier otro tipo de representación de personas, animales o cosas, y el ofrecimiento de dinero o de cualquier retribución en especie, en los siguientes casos:

- Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

(...)

b. Cuando con la propaganda de que trata el presente artículo, se induzca o pueda inducirse a error al consumidor respecto del precio, calidad o idoneidad del bien o servicio respectivo, lo cual se entenderá por el hecho de que, simultáneamente con el ofrecimiento, de los incentivos y hasta seis (6) meses después del retiro del ofrecimiento de éstos, se aumente el precio del bien o servicio, así como por el hecho de que por el incentivo, o a la par con éste, se afecte desfavorablemente la calidad o la idoneidad del bien o servicio.

Para efectos de lo dispuesto en este artículo, en la propaganda se indicará la fecha exacta hasta la cual será válido el ofrecimiento de los incentivos.

Precisado el contenido de la disposición reseñada, es necesario referirse a los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si la publicidad realizada bajo la modalidad de ofrecimiento de incentivos resulta engañosa, los cuales han sido señalados por esta Superintendencia en su Circular Única:

"2.1.1 Información engañosa

Se considera información engañosa, la propaganda comercial, marca o leyenda que de cualquier manera, incluida su presentación, induzca a error o pueda inducir a error a los consumidores o personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico. "

"2.1.1.2 Criterios

Para efectos de lo previsto en los artículos 14, 15, 16 y 17 del decreto 3466 de 1982, o de las normas que los modifiquen, complementen o sustituyan, se entenderá que la información o la propaganda comercial es engañosa, entre otros casos cuando:

(...)

c) La información sobre restricciones, limitaciones, excepciones y condiciones adicionales para la adquisición del producto o servicio, no se incluye en la propaganda comercial y no tiene similar notoriedad al ofrecimiento del producto o servicio que se anuncia.

(...)."

Es claro que las instrucciones que vienen de citarse desarrollan, entre otros, el mandato contenido en el artículo 16 del decreto 3466 de 1982 y, en consecuencia, su violación deviene en un desconocimiento directo de lo allí preceptuado.

Ahora bien, como quiera que la solicitud de explicaciones formulada se refiere puntualmente a dos aspectos diversos, a saber la falta de información acerca de restricciones o limitaciones para el acceso al incentivo y la ausencia de señalamiento de la fecha límite de la promoción, se abordará su examen en forma independiente.

6. 1. Información acerca de la existencia de restricciones

Como se colige claramente de la lectura de las disposiciones transcritas, en materia de publicidad el principio fundamental que deben respetar los anunciantes, es aquél según el cual está prohibida la publicidad que induzca o pueda inducir a error. De manera general, prescribe el artículo 14 del decreto 3466 de 1982:

"Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos."

Para establecer si el contenido objetivo del mensaje que transmite una pieza publicitaria induce a engaño al consumidor es necesario –tal como lo ha señalado esta Superintendencia¹– *"...partir de la interpretación que el consumidor hace del mensaje que recibe. En tal sentido, el patrón de consumidor que la mayoría de regulaciones y autoridades tiene en cuenta para establecer el entendimiento de un mensaje, es el llamado 'consumidor racional', el cual es explicado por la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América, entidad encargada en dicho país de aplicar los mismos principios universales que en Colombia establece el Decreto 3466 de 1.982 en defensa del consumidor, en los siguientes términos:*

"Un anunciante no puede ser acusado de ser responsable por cualquier concepción errada imaginable, o aún más por una concepción descabellada, donde las interpretaciones estarán sujetas a la ridiculez o a la debilidad mental. Algunas personas, por su ignorancia o por su incomprensión, pueden caer en error hasta por una afirmación escrupulosamente honesta. Así, si unos pocos transeúntes despistados creen, por ejemplo, que todos los "Pastelitos Daneses" son hechos en Dinamarca, es por ello sancionable como engaño anunciar "Pastelitos Daneses" cuando ellos son hechos en este país? Por supuesto que no. Una interpretación no se convierte en falsa o engañosa solamente por el hecho de que sea malentendida irracionalmente por un segmento insignificante y no representativo de las personas a las cuales el mensaje está dirigido."²

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

"Es importante tener en cuenta que la superficialidad en el análisis que hace el consumidor 'no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor."³

"En consecuencia, como lo han afirmado las Cortes Federales de los Estados Unidos de América, '[p]ara determinar cuando la publicidad es o no engañosa (...) no se deben tener en consideración aquellas distinciones o argumentos que se puedan usar como excusa, sino los efectos que podría causar razonablemente el anuncio, en el público general. El criterio importante es la impresión global que genere el anuncio en la población general."⁴

¹ Resolución N.41 del 13 de enero de 2004. Superintendencia de Industria y Comercio.

² FEDERAL TRADE COMMISSION. Deception Policy Statement. October 14, 1.983. Traducción Libre.

³ Indecopi. Resolución 052-096 TRI -SDC

⁴ 4th Circuit - Lorillard vs. FTC 185 f. 2d 52. Traducción libre.

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

Efectuadas las anteriores aclaraciones, es menester indagar sobre el mensaje transmitido en la publicidad objeto de la presente actuación administrativa.

6.1.1. El mensaje transmitido

Consta en los documentos anexos a la respuesta a la solicitud de explicaciones, el texto que contiene los mensajes de radio⁵, donde se lee:

"Texto legal

El exceso de alcohol es perjudicial para la salud

Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.

Por primera vez en el mundo una promoción en la que un cuadro del Maestro Fernando Botero puede ser suyo.

Encuentre bajo las tapas de Club Colombia si usted es uno de los 50 elegidos para participar en el sorteo de una obra original del Maestro Fernando Botero.

Sorteo 28 Febrero 2007, mayor información en Bogotá llamando al 2755505 o ingrese a www.cervezaclubcolombia.com

Elaboración lenta, sabor extra fino.

Club Colombia las mejores cosas de la vida toman tiempo"

El mensaje transmitido por la anterior pieza publicitaria es:

- Que se realizará el 28 de febrero de 2007 un sorteo de una obra original de Fernando Botero.
- Que dicho sorteo se realizará entre 50 elegidos.
- Que elegido es cualquier persona que encuentre bajo las tapas de cerveza la mención de elegido.
- Que existen 50 posibilidades de que las personas que compren cerveza club Colombia encuentren bajo las tapas la mención de elegido.

A partir de este mensaje, que es el que queda en la mente del consumidor, cualquier persona que tenga interés en participar en la rifa se verá inclinada a comprar cervezas en cualquier establecimiento del territorio nacional, en la convicción de que puede encontrar en alguna de las tapas la mención que lo hará ser uno de los 50 elegidos.

Revisadas, de otra parte, otras piezas publicitarias, las impresas en revistas y periódicos⁶, observa este Despacho que allí se mencionan las tarjetas promocionales, en adición a las tapas de cerveza, como otra opción para llegar a ser elegido, pero en cualquier caso, el mensaje que se transmite es que cualquier persona, dentro del territorio nacional, puede obtener una tapa o una tarjeta promocional, por la compra de una cerveza club colombia en cualquier lugar.

En las citadas piezas publicitarias se lee:

"Por primera vez en el mundo una promoción en la que un cuadro del Maestro Fernando Botero puede ser suyo

⁵ Folio 52

⁶ Revistas Semana, Dinero, Soho, Jet Set, y periódicos El Espectador, Portafolio. Anexos a la respuesta a la solicitud de explicaciones

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

Club Colombia le regala una obra original del Maestro Botero

Encuentre bajo las tapas o en las tarjetas promocionales de Club Colombia, si usted es uno de los 50 elegidos para participar en el sorteo de esta obra.

Sorteo

FEBRERO 28 DE 2007

Para mayor información sobre requisitos y condiciones

Favor ingresar a www.cervezaclubcolombia.com

O comunicarse con la línea

Gratuita nacional 018000526555

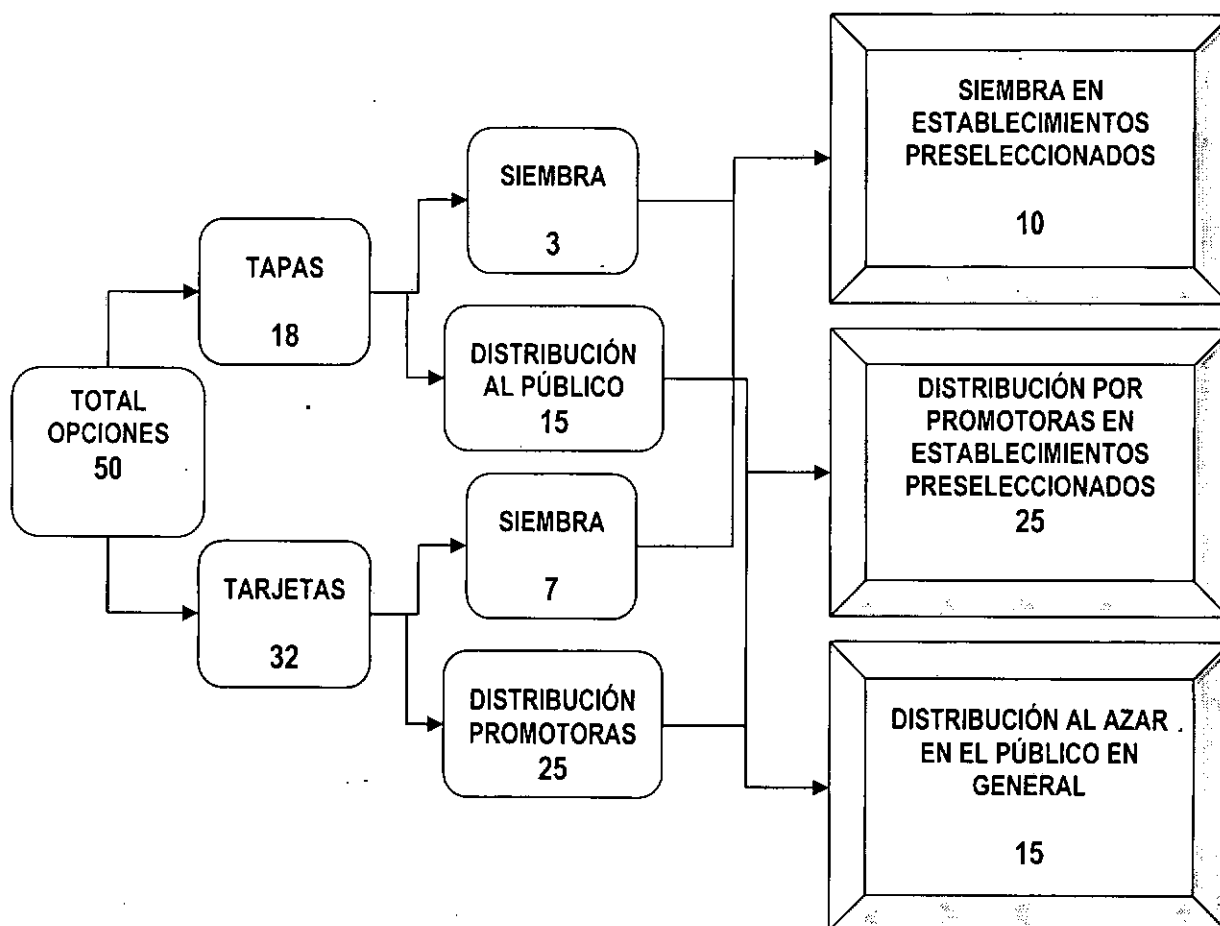
Y en Bogotá 2755505

Promoción válida del 3 de diciembre al 30 de enero de 2007

No obstante, de la visita practicada y de los documentos aportados por la investigada se estableció que existen otras circunstancias que alteran de manera sustancial el mensaje transmitido tanto a través de la cuña radial como con los periódicos y revistas.

Las opciones de encontrar una tapa o una tarjeta raspe y gane con la mención de ser "elegido" (i) en cualquier establecimiento, (ii) de cualquier localidad dentro del territorio nacional, no son 50, como se indica en las piezas mencionadas, pues en un caso como en el otro, algunas se distribuyeron bajo el sistema de siembra, con lo cual solo quienes accedieran a los establecimientos en los cuales se produjo "la siembra" tendrían la posibilidad de encontrar la tapa o el raspe y gane con la mención aludida.

Veamos



Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

Salta a la vista que en tratándose de tapas, sólo 15 se distribuyeron al azar dentro del público en general. Es decir que solo 15 botellas de cerveza cuyas tapas tenían la leyenda de "usted es uno de los 50 elegidos" tuvieron la vocación de llegar a cualquier lugar dentro del territorio nacional y, por ende, solo ese número de tapas estuvieron al alcance de cualquier persona que comprara cerveza en cualquier establecimiento. Como puede observarse en el cuadro anterior, de las 18 tapas con la frase citada, 3 fueron "sembradas" en establecimientos específicos y, por ende, sólo quienes estuvieran en dichos lugares podrían tener acceso a ellas.

Ahora bien, en lo que respecta a las tarjetas raspe y gane, la situación es aún más preocupante. En efecto, no existía la posibilidad para cualquier consumidor de acceder a tales tarjetas pues todas ellas fueron dirigidas exclusivamente a establecimientos preseleccionados. En 7 casos bajo el sistema de siembra y en los restantes 25, a través de la distribución efectuada por promotoras quienes visitarían esos específicos establecimientos a razón de seis veces durante la promoción tratándose de supermercados o de cuatro veces en los casos de bares o restaurantes. Significa lo anterior que para efectos de obtener una tarjeta promocional, además de adquirir cerveza –y no una sino 6 cuando la compra era en canales OFF – y de hacerlo en uno de los lugares específicos – aspecto al que no se aludió en el radio ni en los medios impresos-, era necesario tener la fortuna de coincidir con la visita de las promotoras. Y no se diga, como pretende la investigada, que la información suministrada cumplía con las exigencias de veracidad y suficiencia por cuanto, en todo caso, el consumidor tenía siempre la posibilidad de acceder a las tapas, pues a pesar de ello, las posibilidades eran menores a las anunciadas.

Basta por lo demás una sencilla operación aritmética para arribar a una conclusión incontestable: las posibilidades de acceder, en un determinado supermercado (canal OFF), a una de las 25 tarjetas promocionales que se ponen en el mercado a través de promotoras se limitaban a tan solo seis días en el mes y no, como parece deducirse de la información, a los 59 días en los cuales la promoción tiene vigencia (del 3 de diciembre de 2006 al 30 de enero de 2007).

Resulta forzoso concluir, entonces, que el mensaje que se transmite con la cuña radial a la que se hizo mención en precedencia, no corresponde con la realidad de la campaña adelantada, como tampoco aquél que emana de los medios impresos (revistas y periódicos).

Igual situación se presenta con el análisis de otras piezas publicitarias⁷, en las que se echan de menos las verdaderas opciones que existen para llegar a ser uno de los 50 elegidos entre quienes habrá de efectuarse el sorteo del cuadro del maestro Botero o, dicho de otra manera, se trata de piezas publicitarias que omiten restricciones que, de ser conocidas por el consumidor, podrían alterar su decisión de compra. Y no basta, como pretende la investigada, que en la página web se especifiquen *in extenso* las verdaderas posibilidades de la campaña publicitaria, para afirmar que no se induce a error, pues la suficiencia en la información debe predicarse de cada una de las piezas entendidas como los vehículos utilizados para dar a conocer la información. Lo anterior se predica aún en el evento de que las distintas piezas publicitarias remitan a la página web, como quedará más claramente expuesto a continuación.

Pretender lo contrario, es decir, sostener que las piezas publicitarias forman un todo, al punto que lo que se omite en una puede estar suplido por la información contenida en otra, es exigir del consumidor un ejercicio bastante complejo, pues supondría para éste armar un rompecabezas a fin de conocer el verdadero mensaje que se pretende transmitir. Tan

⁷ ibidem.

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

exigente posición riñe con las normas sobre publicidad y con la posición que en la materia ha sido expuesta por esta Superintendencia y por la Federal Trade Commission, como se expuso líneas atrás.

Por ello, la cita que la investigada hace de la resolución 18441 de junio de 2002, no resulta procedente. Allí se analizó la inconveniencia de examinar frases sueltas o de separar palabras, objetos o dibujos de una pieza publicitaria, a riesgo de descontextualizar una información.

Nada impide, desde luego, que se utilice cualquier conducto que permita divulgar información, tal como lo ha señalado en forma reiterada esta Superintendencia, como consta, entre otras, en el auto N. 3462 del 27 de septiembre de 2004 cuyos apartes pertinentes transcribe la investigada, siempre y cuando – y en ello es enfática esta entidad tal como consta en la cita en mención- se cumpla con los requisitos de veracidad y suficiencia que se exige en cada pieza.

Cuando existan restricciones en una promoción es imperativo que (i) la pieza publicitaria señale que existen condiciones, restricciones, limitaciones o excepciones, sin perjuicio de que estas puedan ser consultadas en otros medios por remisión expresa y (ii) que se haga expresa referencia al aspecto sobre el cual recaen las restricciones, limitaciones o excepciones, cuando estas se refieran a elementos cuyo conocimiento deviene esencial, como ocurre por ejemplo, con aquellas que limitan o restringen el universo al cual va dirigida la promoción, so pena de que las exigencias de veracidad y suficiencia se vean afectadas.

Es menester puntualizar, entonces, que existen restricciones, como las referidas al mercado meta al cual se dirige la promoción, a las que se debe hacer mención expresa en la propaganda comercial. En caso contrario, se entiende engañosa en los términos descritos por los preceptos normativos a los que se ha hecho mención en la presente providencia. En efecto, como lo ha venido sosteniendo esta Superintendencia:

“Cuando el universo al cual se dirige la propaganda comercial con incentivos está restringido a un conjunto de potenciales adquirentes o consumidores claramente enmarcado y delimitado por una o varias condiciones o características especiales que, de no poseerse, lo excluyen de la posibilidad de acceder al incentivo, mal puede omitirse tal aspecto dentro del marco de la publicidad, puesto que una pretermisión de esta naturaleza compromete la libertad de elección de quien, desconociendo dicha restricción, pretende acceder a la promoción.”⁸

No basta, en otros términos, que se mencione la existencia de restricciones o limitaciones, cuando ellas se refieren a aspectos fundamentales de la promoción, en tanto que el consumidor debe poder *“conocer de antemano las condiciones y posibilidades reales para satisfacer las expectativas que le genere la publicidad”⁹*. Dicha anotación compromete la veracidad y la suficiencia de la información cuando está referida a aspectos como la cantidad, oportunidad o posibilidades de beneficiarse de un incentivo ofrecido

Así lo sostuvo el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de junio de 2006, cuyos apartes pertinentes transcribimos a continuación¹⁰:

“Por consiguiente, la Sala advierte que bajo ninguna circunstancias la sola expresión “hasta agotar existencias” o sus análogas o semejantes, como “hasta agotar

⁸ Resolución No. 11082 del 28 de mayo de 2004.

⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sent. 22 de junio de 2006

¹⁰ M.P. Rafael Ostau de Lafont Planeta

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

inventarios", o "aplica restricciones" no es idónea, precisa o suficiente para informar sobre la cantidad, la oportunidad o las posibilidades de beneficiarse de un incentivo ofrecido en publicidad que se funde en ese sistema, menos cuando se consigna en textos marginales de los avisos, de forma que minimizan su perceptibilidad por los consumidores respecto de los demás datos de la promoción luego su uso sin especificar los límites de tiempo, de cantidad o de oportunidad respectivos, o sin indicar cuáles son las restricciones que aplican, y cuya ubicación y tamaño de letra desfavorece su lectura, hace de la misma una publicidad engañosa o capaz de inducir a error al consumidor."

De lo expuesto, se derivan varias conclusiones, así:

El mensaje transmitido por la publicidad utilizada en el marco de la "Promoción Club Colombia Botero", se contrae a la posibilidad que tiene cualquier comprador de cerveza Club Colombia en el territorio nacional, de ser uno de los cincuenta (50) elegidos para participar en la posterior rifa de una obra del pintor Fernando Botero.

Analizados los hechos, descargos y documentación anexa tanto a la respuesta a la solicitud de explicaciones como a la visita practicada por esta entidad a la sociedad investigada, se estableció que dentro de la formulación de la campaña promocional adelantada por Bavaria S. A., se determinó el alcance de la misma, el cual comprende sólo 24 ciudades del país y no todo el territorio nacional.

De igual manera quedaron establecidos los canales a utilizar, que corresponden a 350 bares y restaurantes "Premium" y 118 supermercados de las principales ciudades del país, los cuales fueron escogidos empleando criterios de selección tales como volumen de venta de cerveza Club Colombia, perfil de los consumidores y ubicación geográfica.

Quedó igualmente establecido que los raspe y gane se distribuirían sólo en los 350 bares y restaurantes y en los supermercados seleccionados y que estos se entregarían por cada cerveza que compre el consumidor en el canal ON (Bares, restaurantes) y por cada "six pack" comprado en canal OFF (supermercados). La entrega de las tarjetas promocionales está condicionada a la presencia de brigadas de promotoras en los establecimientos seleccionados, las cuales no se encuentran de manera permanente, como quiera que se dispuso para el efecto que para el canal ON se realizarían visitas cuatro veces y para el canal OFF en seis oportunidades durante la vigencia de la promoción.

Está así mismo demostrado que sólo 15 de las cincuenta (50) posibilidades de resultar elegido para la participación en la rifa del cuadro del maestro Fernando Botero, están realmente dirigidas a la totalidad de los potenciales compradores de cerveza Club Colombia en la totalidad del territorio nacional, en tanto que las 35 restantes tienen un mercado meta reducido a las ciudades y establecimientos de comercio designados por Bavaria S. A., lo que constituye una clara restricción o limitación cuya existencia, como se afirmó en precedencia, ha debido ser informada en todas y cada una de las piezas publicitarias que se emplearon en la "Promoción Club Colombia Botero", sin perjuicio de que la lista de ciudades y de establecimientos se publicara en la página web o en el centro de atención telefónica a los cuales remitían las piezas publicitarias.

Debe insistirse en el hecho de que la limitación del universo al cual se dirige la promoción se considera una condición primordial que no puede omitirse en el contexto básico de los anuncios empleados para su divulgación, circunstancia que no es subsanable con la utilización de mecanismos supletorios que, dicho sea de paso, trasladan al potencial consumidor del producto la carga de indagar sobre la existencia de condiciones esenciales como la que es materia de examen.

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

Este mismo aserto habrá de extenderse a la consideración esbozada por la sociedad Bavaria S. A. en torno al suministro de información adicional por parte de las promotoras del producto, toda vez que, se insiste, ningún mecanismo adicional a las piezas publicitarias puede suplir una deficiencia en relación con la existencia de condiciones que restrinjan o limiten el mercado al cual se dirige una promoción.

Finalmente, debe señalarse que lo que aquí se reprime no es, como parece entenderlo la sociedad investigada, el incumplimiento del esquema promocional diseñado por la empresa Bavaria S. A., ni tampoco el mecanismo de distribución, trátase de siembra o de selección *a priori* de los establecimientos o de las ciudades donde se distribuirían las tapas o las tarjetas que permitirían a sus poseedores como "*elegidos*", todo lo cual es válido en una campaña promocional; lo que se censura es el hecho de que no se haya informado a los potenciales consumidores del producto promocionado, que el número de posibilidades de ser elegido en determinadas ciudades del país era inferior al transmitido en el mensaje publicitario, o que en otras ciudades o establecimientos de comercio, dichas probabilidades eran mayores como resultado del denominado "*mecanismo de siembra*" o por la preselección realizada.

Corolario de lo expuesto en las precedentes consideraciones, es que se produjo la infracción a las normas sobre propaganda comercial con incentivos por parte de la sociedad Bavaria S. A.

6.2. Fecha límite de la promoción

De acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 16 del decreto 3466 de 1982, "*...en la propaganda se indicará la fecha exacta hasta la cual será válido el ofrecimiento de los incentivos*".

En relación con este aspecto, teniendo en cuenta la información suministrada por la sociedad investigada, así como la obtenida por este Despacho durante la visita cuyos resultados dieron lugar a la apertura de la presente investigación, la fecha límite de la "*Promoción Club Colombia Bavaria*" es el 30 de enero de 2007. El 28 de febrero corresponde a la fecha en que se realizará la rifa de la obra entre quienes entre el 3 de diciembre de 2006 y el 30 de enero de 2007 resulten elegidos gracias a una de las tapas o raspe y gane favorecidos.

Revisados los medios impresos, no existe duda sobre el señalamiento que en ellos se hace del período durante el cual está vigente la promoción: del 3 de diciembre de 2006 al 30 de enero de 2007, con especificación de la fecha en la que se llevará a cabo la rifa de la obra. No ocurre igual en las cuñas radiales, en las cuales se hace alusión, exclusivamente, a la fecha de la rifa del cuadro y no al límite de la promoción, como exige la disposición legal atrás citada.

Por su parte, la página web www.cervezaclubcolombia.com a la que remiten las demás piezas publicitarias indica que la promoción será válida desde el 3 de diciembre de 2006 hasta el 28 de febrero de 2007, lo cual resulta a todas luces una información equívoca -a más de contradictoria con el contenido de las piezas impresas en las que se señala fecha límite-, como quiera que entre el 31 de enero y el 28 de febrero de 2007 no es posible obtener una tapa o raspe y gane premiado con una de las opciones para participar en el posterior sorteo. El 28 de febrero, como ha quedado anotado, es la fecha del sorteo del cuadro entre los 50 elegidos, pero la promoción se extiende hasta el 30 de enero.

Por lo expuesto, debe concluirse que la investigada incurrió en la conducta proscrita por el artículo 16 del decreto 3466 de 1982, al no indicar en algunas piezas publicitarias e indicar de manera errónea en la página web -a la cual, de paso, remiten otras piezas -, la fecha hasta la cual está vigente la promoción.

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

6.3. Sanción

Se encuentra establecida, como quedó visto, la violación de lo preceptuado en artículo 16 del denominado Estatuto de Protección al Consumidor. Como consecuencia, al tenor de lo previsto por el artículo 32 del decreto 3466 de 1982 y el párrafo "a" del artículo 24 ibídem, se impondrá a la sociedad Bavaria S. A., una sanción pecuniaria en favor de la Nación por la suma de cuarenta y tres millones trescientos setenta mil pesos (\$43.370.000.00), equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, monto al que se llega luego de analizar la naturaleza de la infracción, los medios empleados para la divulgación de la propaganda comercial con incentivos y el correlativo número potencial de destinatarios de la misma.

6.4. Orden administrativa

De otra parte, con amparo en el citado artículo 32 del decreto 3466 de 1982, concretamente en la facultad de ordenar "...en ejercicio del poder de policía, la corrección de la respectiva marca, leyenda o propaganda comercial...", se ordenará a la sociedad Bavaria S. A. que proceda, dentro del perentorio término de diez (10) días, a realizar la corrección de la propaganda comercial materia de la presente investigación, en el sentido de señalar en cada una de las piezas publicitarias los aspectos sobre los cuales recaen las limitaciones y restricciones que –como quedó anotado en la presente providencia– se consideran esenciales por ser determinantes del mercado meta, así como la fecha límite de la promoción, en los términos a los que se ha hecho mención en esta resolución.

En mérito de expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Imponer a la sociedad Bavaria S. A., una sanción pecuniaria por la suma de cuarenta y tres millones trescientos setenta mil pesos (\$43.370.000.00), equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta No. 050-00110-6 código rentístico No. 03 o a nombre del DTN – Superintendencia de Industria y Comercio, NIT. Tesoro Nacional 899.999.090. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar a la sociedad Bavaria S. A. que proceda, dentro del perentorio término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a realizar la corrección de la propaganda comercial materia de la presente investigación, en el sentido de señalar la existencia de las limitaciones o restricciones a los destinatarios de la promoción, así como la fecha límite de la misma, en los términos a los que se ha hecho mención en esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor FERNANDO JARAMILLO GIRALDO, en su condición de representante legal de la sociedad Bavaria S. A.; o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra ella procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio dentro de los 5 días hábiles siguientes a su

Por la cual se impone una sanción y se imparte una orden administrativa

notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., **15 ENE. 2007**

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación:

Doctor
FERNANDO JARAMILLO GIRALDO
C. C. 19.471.678 de Bogotá
Representante legal **BAVARIA S. A.**
NIT. 860.005.224-6
Calle 94 No. 7 A - 47
Bogotá, D. C.