



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

SENTENCIA NÚMERO 9 DEL 21 DE DICIEMBRE DE 2005

Expediente No 03035095

Habiéndose agotado las diferentes instancias procesales y al no presentarse nulidades que impidan proferir un fallo, se decide el proceso jurisdiccional por competencia desleal promovido por María Elisa Camacho Arango contra Blanca Cecilia Suárez de Aponte, por la presunta comisión de los actos de competencia desleal descritos en los artículos 7, 8, 10, 14 y 15 de la Ley 256 de 1996 los cuales establecen los supuestos de hecho que regulan los actos desleales de desviación de la clientela, confusión, imitación y explotación de la reputación ajena¹.

I ANTECEDENTES

1 Pretensiones

“ 1.1.1. *Que se adelante por parte de su Despacho una averiguación preliminar sobre la violación por parte de **BLANCA CECILIA SUÁREZ DE APONTE**, de los artículos 7, 8, 10, 14 y 15 de la Ley 256 de 1996.*

1.1.2 *Que en caso de encontrar méritos, se abra una investigación formal.*

1.1.3 *Que una vez se ordene abrir la investigación formal, simultáneamente se decrete la práctica de las siguientes, medidas cautelares:*

- *Que se ordene a la parte denunciada la suspensión inmediata de la comercialización de los chocolates **NAYARITH** en presentaciones comerciales confundiblemente similares a las utilizadas por la denunciante **MARIA ELISA CAMACHO ARANGO** en sus productos identificados como **MARIAELISA CHOCOLATIER**.*
- *Que se ordene a la parte denunciada la suspensión inmediata de toda propaganda oral, visual o escrita de sus chocolates **NAYARITH** en presentaciones comerciales confundiblemente similares a las utilizadas por la denunciante **MARIA ELISA CAMACHO ARANGO** en sus productos identificados como **MARIAELISA CHOCOLATIER**.*
- *Que se ordene a la parte denunciada la destrucción del material de empaque, propaganda, publicidad, avisos, calcomanías, sellos, moños, cintas, papelería de cualquier naturaleza y cualquier objeto, en los que de alguna forma se incorporen presentaciones comerciales confundiblemente similares a las utilizadas por la denunciante y que se encuentren en las instalaciones del establecimiento de comercio de la denunciada, llamado **CHOCOLATINES NAYARITH**, ubicado en la Calle 128 A N^o 3 8-49 de la ciudad de Bogotá, D.C.*
- *Que se ordene a la parte denunciada el retiro del comercio de los productos de chocolate identificados como **NAYARITH**, con presentaciones comerciales*

1 .Fls. 23 a 33 c.1

*confundiblemente similares a las utilizadas por la denunciante **MARIA ELISA CAMACHO ARANGO** en sus productos identificados como **MARIAELISA CHOCOLATIER**.*

- *Que con el fin de garantizar el cabal cumplimiento de las medidas cautelares descritas en los numerales anteriores, se ordene a la denunciada **BLANCA CECILIA SUÁREZ DE APONTE** presentar una póliza de cumplimiento expedida por una entidad aseguradora a favor de **MARIA ELISA CAMACHO ARANGO** por la suma de CIENTO MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$100'000.000.00).*

*1.1.4 Que si como resultado de la investigación formal se encuentra que **BLANCA CECILIA SUAREZ DE APONTE** incurrió en conductas violatorias a las normas sobre competencia desleal, se impongan las sanciones pecuniarias a las que se hace alusión en los numerales 15 y 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.*

*1.1.5 Que si como resultado de la investigación formal se encuentra que **BLANCA CECILIA SUÁREZ DE APONTE** incurrió en conductas violatorias a las disposiciones sobre competencia desleal, se le prohíba ejercer el comercio por un término de diez (10) años, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Código de Comercio.*

2. Hechos de la demanda

Las pretensiones se soportaron en los hechos que a continuación se sintetizan:

Las partes son competidoras en el mercado colombiano en el sector de los productos de chocolate, la demandante a través del establecimiento de comercio denominado "Mariaelisa Chocolatier" nombre que utiliza para identificar los productos que fabrica y vende, y la demandada, a través del establecimiento "Chocolatines Nayarith" nombre que también utiliza para identificar sus productos.

Según la demandante, la señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte inició en 1992 la comercialización de sus chocolates en empaques similares a los que desde 1985 utilizaba la demandante. Esta situación se fue extendiendo a los demás diseños de empaques utilizados tanto para la baja temporada como para la época de navidad. Indica que la demandada ha imitado los moños de las cajas de cartón, su diseño y el material, los tarros de metal, los empaques en acetato transparente con ositos floqueados en su tapa (éstos fueron puestos a las tapas de los empaques metálicos de "Nayarith") y los empaques de acetato con osito en su interior. Señala que la demandada en el año 2000 recurrió a la utilización del sello identificador de "Mariaelisa Chocolatier" ovalado de color dorado, por lo que la demandada cambió su identificación por "Nayarith Chocolatier" recurriendo a la palabra "chocolatier" que ya venía siendo utilizada por Maria Elisa en sus productos.

También se acusa a la demandada de adoptar diseños similares a los de la demandante para identificar el lote y fecha de vencimiento, y de los empaques de bolsitas individuales.

Aduce que los productos se ubican en los establecimientos de comercio junto a los suyos y se venden a un precio similar, todo lo cual causa confusión en el consumidor, desvía la clientela, se aprovecha indebidamente del prestigio de la accionante y se constituye en un acto de imitación sistemática.

3 Razones de la defensa

La accionada a través de apoderada judicial se refiere a cada uno de los hechos. En síntesis, aduce que en materia de empaques para productos de chocolate las leyes y las tendencias han llevado a que los productores y expendedores de chocolates adquieran envases ya elaborados no con exclusividad, sino sobre muestras o referencias comerciales. Señala que la señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte participa en el mercado de manera activa incluso antes que la demandante y no puede pretender la demandante apropiarse de derechos que no le corresponden y que no ha demostrado tener sobre diseños de cajas, moños, cintas, tarros, figuras, adornos y colores cuyo uso son de dominio público por no encontrarse protegidos por patentes o derechos de autor.

II. CONSIDERACIONES

1 Legitimación

Los factores de legitimación previstos en los artículos 20, 21 y 22 de la ley 256 de 1996, en armonía con el artículo 3° se cumplen. Por el extremo activo, la demandante María Elisa Camacho Arango participa en el mercado de los chocolates y sus intereses económicos podrían verse perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal que se demandan. Por el extremo pasivo, los actos que se debaten fueron realizados por la demandante.

2 Supuestos generales de la Ley 256 de 1996. Ámbito objetivo, subjetivo y territorial de aplicación

Para que una conducta pueda ser considerada desleal a la luz de la Ley 256 de 1996, es necesario comprobar que la situación que se examina se haya desarrollado o produzca sus efectos en determinado ámbito objetivo, subjetivo y territorial.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 256 de 1996 *"Los comportamientos previstos en [la] ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.- La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero"*.

Los hechos que se relacionan fueron realizados por la Señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte en el mercado colombiano a través del desarrollo de su actividad de fabricación de chocolates. Estos actos se tienen como idóneos para mantener o incrementar la participación de la demandada en el mercado, por lo que se presume su finalidad concurrencial, presunción que no fue desvirtuada por la accionada².

En relación con el ámbito subjetivo de aplicación, el artículo 3 de la Ley 256 de 1996 señala: *"(...) [e]sta ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal."*

² Entre otras pruebas, certificado de matrícula de persona natural.

En el caso bajo análisis se encuentra que los sujetos de la acción se dedican al comercio de manera habitual y profesional fabricando y comercializando productos de chocolate. Estas actividades tampoco fueron objeto de controversia. En consecuencia, tanto la accionante como la accionada participan en el mercado, cumpliéndose así el requisito previsto en el artículo 3 de la ley 256 de 1996³.

Finalmente, en cuanto al ámbito territorial de aplicación, la Ley 256 de 1996 establece en su artículo 4° que “[la] ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.”

Respecto de este supuesto, es de tenerse en cuenta que los hechos que motivaron la acción tuvieron ocurrencia en el territorio colombiano, por lo que de comprobarse la ocurrencia de actos de competencia desleal, los efectos se habrían producido o estarían llamados a producirse en el mismo territorio nacional.

3 Análisis de lealtad de la conducta de la accionada

Estando acreditados los supuestos sobre legitimidad en la causa tanto por activa como por pasiva y establecido que los hechos objeto del proceso reúnen las condiciones generales para ser considerados como actos de competencia, corresponde ahora analizar si los mismos son calificables como desleales y en consecuencia, susceptibles de ser reprimidos como de competencia desleal.

Para tales efectos se tendrá en cuenta el acervo probatorio que acompaña el expediente, para lo cual es importante tener en cuenta las tachas a los testimonios que fueron planteadas en el libelo, tales como la de las señoras María Mercedes Rodríguez de Palacio (fl. 97 c.2), Blanca Lucy Vega (fl. 118 c.2), Ana Maritza Fajardo Mosquera (fl. 150 c.2), y Claudia Bermúdez (fl. 159 c.2)

Las referidas tachas se basan en síntesis, en vínculos especialmente laborales que tienen las declarantes con las partes del proceso.

De acuerdo por lo reglado en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, “[e]l juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso”, lo que pone de presente que en estricto sentido los vínculos que pudiera tener un testigo con la parte obligan la prescindencia total de la prueba.

Con razón ha expuesto la Corte Suprema de Justicia que “[e]n las ocasiones en que el testigo sea interrogado directamente sobre el conocimiento que tenga de los hechos, (...), no por ello puede afirmarse de manera categórica y general que la prueba carece de espontaneidad y credibilidad, **puesto que en cada caso particular** pueden concurrir los elementos que permitan al juez verificar las condiciones de responsabilidad, claridad y exactitud con que actuó el declarante”. En ciertos casos, lo aconsejable sería entonces, en criterio de la Corte, que al valorar la prueba “(...) se someta a un tamiz mas denso⁴”.

Por otra parte, ha señalado la misma Corporación al referirse a la credibilidad que podría arrojar el testigo que tiene ciertos vínculos con alguna de las partes en el proceso, lo siguiente:

3 certificados de matricula de persona natural.

4 C.S.J. Sala de Casación Civil, Abril 1993.

“ (...) Si se da una circunstancia que involucra al testigo con el hecho del cual tiene conocimiento, el juez debe sopesar la declaración y no desestimarla por esa sola razón, pues si el declarante estuvo presente cuando sucedieron los hechos y puede dar noticia acerca de ellos, su versión puede ser fundamental para establecer la verdad real”⁵.

“ El juzgador tiene cierta libertad para apreciar las circunstancias de sospecha. Si haciendo uso de tal postulado, sin que se demuestre por la censura que hubo arbitrariedad en la ponderación de la prueba, el juicio que haya hecho el sentenciador sobre la misma mantiene vigor, porque **la simple circunstancia de que algunos declarantes prestaron servicios remunerados a una de las partes, no es motivo suficiente, por esa sola circunstancia, para restarle credibilidad o considerarlo sospechoso, máxime que por la labor que otrora desempeñó, puede tener un mejor conocimiento de los hechos ocurridos y materia del litigio, que precisamente fue lo que aquí se presentó.**”⁶ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En criterio de esta Superintendencia, revisadas las declaraciones mencionadas, no se observan elementos categóricos que pongan en duda la imparcialidad de lo testimoniado. Por el contrario, la percepción directa de los hechos que tuvieron los interrogados, hacen de los testimonios pruebas idóneas dentro de la presente acción de competencia desleal, que en todo caso serán apreciadas frente a cada hecho específico con mayor severidad, de acuerdo con el postulado de la sana crítica y en concordancia con las demás pruebas que obren en el expediente a fin de que guarden coherencia con las mismas.

4 Análisis de las conductas de competencia desleal

4.1. Consideraciones generales. Prohibición General.

La ley 256 es una disposición que se aplica de manera general en todo el mercado Colombiano y que busca que quienes en éste participen, sean o no comerciantes, se abstengan en emplear en sus actos competitivos medios o mecanismos considerados como desleales.

En tal sentido, la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela, ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino que busca la represión en la utilización de medios indebidos para competir, los cuales precisamente por ser indebidos distorsionan la realidad del mercado, pudiendo causar perjuicios injustificados a quienes los sufren y rompiendo la igualdad de quienes compiten lealmente en el comercio, al generar frente a estos últimos un desequilibrio que sólo se rompería si los competidores leales se vieran obligados también a emplear métodos desleales lo cual resultaría

5 C.S.J. Sentencia radicación 22842 del 30 de septiembre de 2004. Sala Casación Laboral. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 31 de julio de 1985, M.P. Alberto Ospina Botero.

igualmente reprochable, generándose de esta manera un caos en el mercado y exponiéndose al consumidor a las consecuencias que tal realidad comercial traería.

Lo anterior explica las razones por las cuales el legislador dispuso en el artículo 1º de la Ley 256 de 1996, que dicha regulación se aplicará sin perjuicio de otras formas de protección, pues independientemente de que el acto desleal infrinja o no otro ordenamiento, la Ley 256 de 1996 sanciona la deslealtad en el comercio y los efectos nocivos que el actuar indebido genera para los afectados directos por el acto y como consecuencia del mismo, para los consumidores.

En este orden de ideas, el bien jurídico y el valor supremo que tutela la Ley 256 de 1996, es la lealtad empleada en los medios utilizados para competir, lealtad cuya noción y fundamento se encuentra delimitada en el inciso primero del artículo 7º de la propia regulación y en los desarrollos que de dicho inciso se hicieron en las normas subsiguientes del capítulo segundo de la Ley 256 de 1996.

Tal artículo 7º establece que *[q]uedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.*"

La noción de lealtad antes citada, encuentra su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado de respetar en sus actuaciones la buena fe comercial, por lo que incurren en competencia desleal quienes en sus actuaciones violan dicho deber. Esta interpretación es acorde con el contenido ético que envuelve el concepto de deslealtad, permitiendo concluir, como lo hizo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año de 1958⁷, que actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

Finalmente, al contener el inciso primero del artículo 7º de la Ley 256 de 1996 la prohibición general en materia de competencia leal, ésta genera y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, las cuales establecen a título enunciativo algunos actos que el legislador ha considerado como desleales, por ser conductas opuestas a la manera corriente de quienes obran honestamente en el mercado.

4.2. Actos de confusión

El artículo 10º de la Ley 256 de 1996 dispone lo siguiente:

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

De la norma transcrita se pone de manifiesto el mandato legal de aplicar el artículo 10 de la Ley 256 de 1996, en forma concordante con el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, según el cual " (...) *deberá prohibirse 1. [c]ualquier acto capaz de crear confusión por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad comercial de un competidor*".

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Doctor Arturo Valencia Zea. Bogotá, junio 23 de 1958.

Así las cosas, las causales previstas por el régimen de competencia desleal colombiano como constitutivas de competencia desleal por confusión, son las siguientes:

- Cualquier acto capaz de crear confusión, respecto del establecimiento, los productos o la actividad comercial de un competidor.
- Toda conducta que tenga por objeto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.
- Toda conducta que tenga como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

De esta forma el artículo 10 de la Ley 256 de 1.996, en concordancia con el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París y con el numeral 2 del artículo 20 de la Ley 256 de 1.996⁸, sanciona tanto las actuaciones que intencionalmente se realizan para crear confusión⁹, como la confusión creada y la posibilidad de que la confusión se presente, lo cual ha sido denominado por la doctrina como el riesgo o peligro de confusión, o confundibilidad¹⁰.

Un acto es capaz de crear confusión, cuando la conducta desarrollada por el actor es apta, tiene las cualidades o puede producir en los receptores de la misma una mezcla de identidades (confusión en sentido estricto), o cuando puede llevar a dichos receptores a considerar que entre la persona que realiza el acto y otra empresa o establecimiento, existe una vinculación o una relación comercial que lleve al consumidor a pensar que los productos, servicios o marcas de quien genera la confusión son elaborados o se encuentran bajo la responsabilidad de la persona o sociedad con la cual la confusión se genera (confusión en sentido amplio)¹¹.

El hecho de que baste para efectos de que la conducta se materialice la presencia del riesgo de confusión, encuentra su fundamento en el doble carácter sancionador y preventivo de la competencia desleal, el cual se refleja en la descripción de las conductas descalificables y en la consagración en el artículo 20 de la Ley 256 de 1.996 de acciones preventivas y de prohibición que permiten a quien piense que puede ser afectado por la

8 El numeral 2 del artículo 20 de la Ley 256 de 1.996, establece la "acción preventiva o de prohibición".

9 Por confusión se entiende la mezcla de identidades entre dos personas, productos, empresas, establecimientos u oferentes. En consecuencia, normalmente la confusión se presenta mediante signos distintivos (marcas, nombres y ensañas comerciales) signos de identificación, elementos de comunicación (publicidad, relaciones públicas, etc.) o productos.

10 Entre otros: De la Cuesta, José María, Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena. Monteagudo, Montiano, El riesgo de confusión en derecho de marcas y en derecho contra la competencia desleal. Virgos Soriano, Miguel. El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal. Baylos Carroza, Hermeregildo. Tratado de derecho industrial. Ascarelli, Tulio. Teoría de la competencia y de los bienes inmateriales. Gallegos Rivas, Francisco. Funciones y fines de las marcas. Barrón Flores, María Katia. Competencia desleal y economía. Indecopi. Lineamientos Sobre Competencia Desleal. Leyva Gómez Delio. De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica. AP Pamplona Secc. 1.ª S 4 May. 1998.- Ponente: Sra. Erice Martínez . Proceso de Antonio Puig, S.A., y Kinesia, S.A., y Krammer Hispania, S.A., sobre competencia desleal.

11 Monteagudo, Montiano. Op. Cit. En igual sentido, De la Cuesta, Op. Cit., Ascarelli, Op. Cit. entre otros.

conducta, interponer la demanda por actos de competencia desleal ejecutados e inclusive, contra actos desleales que aún no se han perfeccionado.

La anterior interpretación es acorde con la misma ley de competencia desleal, por cuanto como lo ha señalado esta Superintendencia,¹² frente a ninguna de las conductas que considera la Ley 256 de 1996 como de competencia desleal se exige un resultado, pues como de tiempo atrás lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia, inclusive durante la vigencia de los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, la institución de la competencia desleal tiene un carácter preventivo, que permite evitar que el resultado indeseado se presente. Al respecto ha dicho la Corte:

"... basta que los actos ejecutados por el competidor y de los cuales se duele el actor, sean por sí mismos suficientes para producir esos resultados [confusión, desviación, etc. – se agrega], esto es, que sean intrínsecamente aptos para esos efectos. (...) Una cabal hermenéutica de este precepto [artículo 76 del C. de Co. - se agrega] obliga de una vez por todas a entender por perjudicado, no al comerciante víctima de un daño con tal entidad, causado por los actos desleales del competidor, sino al que está colocado en la posición de recibirlos dada la idoneidad de la conducta desplegada por este último y que implica un riesgo actual para él por la sola capacidad intrínseca que tiene de producir esa clase de daños.

(...)

Ripert apoyándose en autores como Pouillet y Roubier, entre otros, sostiene que las sanciones judiciales por el ejercicio de competencia desleal "no tienden solamente a reparar un perjuicio, pues son además preventivas en vista al respeto de un derecho violado..."(Tratado Elemental de Derecho Comercial, Editorial Labor, 1988, pag. 310). Dentro de la misma línea de pensamiento, otros doctrinantes consideran suficiente que el acto sea idóneo para producir un resultado, pues el peligro de la desviación de la clientela constituye en sustancia el perjuicio de la probabilidad ajena de ganancia, perjuicio que vindica la represión del acto que viola la lealtad de la concurrencia y no un derecho absoluto sobre la clientela, por lo cual esta institución jurídica tutela un derecho subjetivo y no absoluto (Tulio Ascarelli, Teoría de la Concurrencia y de los bienes inmateriales, De. Bosh, 1970, Pág. 473). Es ésta, además, la tendencia doctrinaria, legislativa y jurisprudencial moderna.

(...)

"3.- En este orden de ideas, tres son entonces las fases que se distinguen en la competencia desleal, a saber: a) la ejecución de actos desleales con aptitud para producir confusión, desviación o desorganización; b) la ocurrencia real o efectiva de dichos fenómenos; y c) la existencia de perjuicios cuya sustancia, según quedó visto, la constituye por principio la conducta censurable del competidor. De esas tres etapas claramente diferenciables de la institución, basta entonces la primera de ellas para que proceda la acción conminatoria consagrada en el artículo 76 del C. de Co. que, en su caso, se encaminará a obtener "en la sentencia" -según lo precisa la citada disposición- que se apremie al infractor con multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos, convertibles en arresto, "a fin de que se abstenga de repetir los actos de competencia desleal", sin que sea necesario la existencia de un perjuicio cuantificable en dinero, que se requiere desde luego, cuando la pretensión del actor, no se limita a eso sino que reclama la correspondiente reparación económica y por lo tanto, apunta a la obtención de una indemnización."¹³ (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia resulta aún más evidente bajo la vigencia

12 Resoluciones 04987 y 10030 de 2004, entre otras.

13 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL Magistrado Ponente: NICOLAS BECHARA SIMANCAS. Santafé de Bogotá, D.C. , 12 de septiembre de 1995. Ref: Expediente No. 3939. Tribunal Superior del Distrito Superior de Bogotá, Sala Civil, Magistrado Ponente: Jorge Eduardo Ferreira Vargas, sentencia del 28 de agosto de 2002.

de la Ley 256 de 1996, pues como es sabido ésta incluye tanto acciones declarativas y de condena, como acciones preventivas o de prohibición, que inclusive prevén la posibilidad de demandar actos que aún no se han perfeccionado o que no hayan producido daño alguno. En consecuencia, y como lo ha dicho la Corte, la existencia de un resultado o un perjuicio sólo es necesario para efectos de obtener una indemnización, pero no para efectos de reprimir un acto de competencia que reúne las condiciones para ser calificado como desleal.

En el presente caso, antes de entrar a analizar la cronología con que las acusaciones descritas se produjeron y cualquier otra situación derivada de los hechos descritos, es importante precisar la fecha a partir de la cual las partes involucradas vienen ejerciendo actividades en el mercado.

En relación con la señora Maria Elisa Camacho Arango aparecen las siguientes pruebas:

- Certificado de Matrícula Mercantil de Persona Natural expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá en el que consta que la matrícula fue realizada el 2 de junio de 1989.
- Documento expedido por la salsamentaria SABRA el 19 de octubre de 1995, por el cual se hace constar que dicha empresa "*tiene relaciones comerciales con TRUFAS MARIA ELISA hace aproximadamente 8 años, (...).*[de acuerdo con el cálculo, desde el año 1988 inclusive] (...)" (fl. 065. c.1.)
- Constancia expedida por ARFLINA LTDA en 1995, en la que se indica: "[n]os *permitimos recomendar de manera muy especial a la compañía CHOCOLATES MARIA ELISA, con NIT: 39.689.172-8 quienes son proveedores de nosotros de TRUFAS DE CHOCOLATE, presentadas en estuches rojos con moño dorado desde hace 10 años, tiempo en el cual han demostrado una gran responsabilidad y cumplimiento en sus compromisos comerciales.* (subrayas fuera del texto). Esta constancia permite inferir que los productos MARIA ELISA fueron comercializados con ARFLINA LTDA., por lo menos desde 1985 (fl. 62 c.1)
- Inspección judicial realizada en el establecimiento de comercio denominado MARIAELISA CHOCOLATIER el día 24 de octubre del año 2003, (fl. 268 a 272, c2), en la que se pudo comprobar que los libros mas antiguos presentados por la accionante datan del año 1995.
- Certificado de matrícula mercantil del establecimiento de comercio denominado Mariaelisa Chocolatier (fl 50 c.1), del 2 de junio de 1989.
- Factura No 0069 del 22 de julio de 1983 expedida por CAFECA CAFÉ Y CACAO LTDA., en donde consta la compra de materias primas para chocolates (fl. 51 c.1) y fotocopia auténtica del recibo de "Ventas de Contado en Camioneta" de fecha 27 de septiembre de 1983, expedida por Distribuidora Colombina Ltda, en la que consta la compra de materias primas para chocolates realizada por María Elisa Camacho Arango. (fl. 52 c.1).

Como se observa, varias pruebas pretenden acreditar que las partes ejercían el comercio y de ellas surgen varias fechas para efectos de determinar la época desde la cual lo hacían.

Del análisis de dichas pruebas se debe decir que la existencia de la matrícula mercantil, hace presumir el ejercicio del comercio desde la fecha de la matrícula (art. 13 ibidem), sin

embargo pueden presentarse circunstancias que demuestren que un individuo ejerce el comercio con anterioridad a su registro como comerciante en la Cámara de Comercio. pues para efectos de que una persona sea hábil para ejercer el comercio, solo se requiere la capacidad general que las leyes comunes exigen para contratar y obligarse¹⁴.

Lo mismo puede predicarse de los libros de comercio, pues si bien es deber de todo comerciante llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales, el ejercicio del comercio desprovisto de tal control contable solo podría significar la inobservancia de un precepto legal y la asunción de las consecuencias que el incumplimiento de dicho deber conlleva, mas no podría llevar a concluir por si mismo, la inexistencia de actividades desarrolladas en el mercado ni la calidad de comerciante.

Por otra parte, la prueba de la apertura de un establecimiento de comercio si bien permite presumir el ejercicio del comercio, la no apertura del establecimiento o la inexistencia de la matrícula no llevan a la conclusión necesaria de que la actividad no se hubiere desarrollado antes de que la matrícula hubiera sido concedida por la cámara de comercio respectiva.

En cuanto a la factura No 0069 del 22 de julio de 1983, expedida por CAFECA CAFÉ Y CACAO LTDA, ésta no ofrece al Despacho la contundencia suficiente para retrotraer la fecha de la actividad mercantil por parte de Maria Elisa Camacho al año 1983, toda vez que las cantidades de los productos que se indican como comprados generan dudas en cuanto a que su destino hubiera sido el ejercicio de la actividad mercantil como tal.

Así las cosas, revisadas las pruebas anteriores y las fechas que de ellas se derivan, el Despacho considera que se puede establecer la existencia de actividades en el **mercado de chocolates por parte de la demandante desde el año 1985**, y no desde el año 1983 como lo afirma la actora, sin poderse verificar un día exacto de dicha anualidad.

Ahora bien, en cuanto a la relación temporal de la actividad ejercida por la señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte, la parte demandante señala que participa en el mercado como comerciante desde el año 1984, afirmación que es controvertida por la parte demandada quien señala estar dedicada a la fabricación de chokolatines en diferentes sabores, aún antes de la fecha afirmada por la demandante.

Sobre el particular aparecen como prueba las siguientes:

- Certificado de matrícula mercantil de persona natural y del establecimiento de comercio Chokolatines Nayarith expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, con constancia de matrícula de fecha 30 de marzo de 1984 (fl. 54 c1).
- Certificación suscrita por Arflina Ltda. en la que consta que la señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte provee a Arflina de productos de chocolate desde el 9 de octubre de 1984 (fl. 138. c1), lo que es corroborado por las facturas 0094 de fecha 9 de octubre de 1984 y la factura No 263 del 12 de diciembre del mismo año (fls. 136 y 137 c.1).
- Constancia expedida por Cigarrería La Bodega en la que se hace constar que Blanca Cecilia Suárez de Aponte en su condición de propietaria de la fábrica de chocolates y

14 Art. 12 C.Co

trufas Nayarith es proveedora de dicha empresa desde comienzos del año 1982 (fl. 231 c.1).

A partir de estas pruebas **se puede determinar que la señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte, al menos desde el año 1982, viene realizando la actividad comercial** a la que se ha hecho alusión.

Establecido lo anterior, se procede a analizar cada uno de los hechos demandados en los siguientes términos:

1 a. Desde el año 1985 Maria Elisa Camacho comercializa sus trufas en un empaque consistente en una caja rectangular de cartón rojo, acompañada de una cinta y un moño en forma de estrella de color dorado diseñado especialmente para la demandante en el año 1985. (1.8)

Sostiene la demandada no constarle que la demandante desde el año 1985 hubiera comercializado sus trufas en el empaque descrito; por el contrario, manifiesta que Blanca Cecilia Suárez de Aponte desde el año 1984 utilizaba cajas rojas, verdes y azules con cinta y moño dorado, habano y gris, para lo cual relaciona algunas pruebas.

Revisado el material probatorio se tiene:

- Certificación expedida por Arflina en el año 1995, en la que señala que Chocolates María Elisa provee trufas de chocolate a Arflina presentadas “*en estuches rojos con moño dorado desde hace 10 años (...)” [es decir desde 1985] (fl. 062 c.1)*

Esta prueba no permite identificar la clase de estuche, si el mismo corresponde a una bolsa de papel o plástica, a un tarro de acetato, a un tarro de aluminio o de madera o a una caja de cartón, por lo que no es posible concluir a partir de ella que los estuches que utilizaba la demandante desde el año 1985 correspondieran a la descripción del empaque que hace la demandante, consistente en “*una caja rectangular de cartón rojo, acompañada de una cinta y un moño en forma de estrella de color dorado (...)*” y mucho menos, que correspondiera a un diseño especialmente elaborado para la demandante.

- Así mismo, aparece como prueba constancia expedida por Cadenalco el 11 de octubre de 1995 (fl. 064 c.1) en la que se anota que “*el proveedor Maria Elisa Camacho (chocolate Maria Elisa) (...) trabaja con Pomona en Calidad de Proveedor desde hace varios años, ofreciéndonos productos de excelente calidad, tales como chocolatería fina referencia estuche rojo con moño dorado; (...)*”

En este caso, la utilización de la frase “*(...) hace varios años*” no precisa el año a partir del cual el estuche rojo con moño dorado al que se hace mención es utilizado por la demandante. Por otra parte, igual que en el punto anterior, se presenta imprecisión en el señalamiento de la utilización de un estuche rojo pues esta alusión no permite al Despacho precisar si el empaque correspondía a las características descritas en la demanda¹⁵.

- La certificación expedida por Establecimientos Alvilla Ltda. el 12 de octubre de 1995 (fl.87 c.1), hace referencia a la elaboración de “*exclusivas cajas rojas para trufas*”, a favor de Maria Elisa Chocolatier desde el año 1992, señalamiento que no refiere si la caja era

¹⁵ Igual ocurre con la prueba obrante a fl. 065 c.1.

rectangular o cuadrada, si estaba acompañada de una cinta y un moño en forma de estrella de color dorado y diseñado especialmente para la demandante y descarta, en todo caso, que hubiera sido utilizada por la demandante desde el año 1985, pues de manera expresa indica que la utilizaba (bajo esa descripción insuficiente para el Despacho) desde el año 1992.

- El documento expedido por la salsamentaria SABRA el 19 de octubre de 1995, hace constar que dicha empresa *“tiene relaciones comerciales con TRUFAS MARIA ELISA hace aproximadamente 8 años, (...)[de acuerdo con el cálculo desde el año 1988 inclusive]. Los productos Maria Elisa son chocolates empacados en estuche rojo con moño dorado y en cuatro tamaños”*. (fl. 065. c.1.). Esta prueba no ofrece mayor luz en cuanto al tema en cuestión, pues el estuche rojo puede obedecer a múltiples características que podrían no coincidir con las descritas en la demanda.
- El soporte de compras cajas Maria Elisa aportada al expediente (fl. 274. c2), hace una relación general de cajas que utilizara la demandante, sin lograrse precisar a partir de dicho soporte si las cajas corresponden a la descripción presentada por la parte activa.
- El testimonio de la señora María Mercedes Rodríguez de Palacio, Gerente de Alvilla S.A., responde que *“(...) ha elaborado cajas rojas para clientes diferentes como el estuche navideño de Italo y seguramente debe haber otros fabricados anteriormente en rojo para clientes como Italo y Triunfo”* (fl. 104 c2), lo cual ilustra con las fotografías en archivo digital, aportadas a solicitud del Despacho (fl.144 c.2), manifestación que pone de presente que las aludidas cajas rojas, no son de uso exclusivo y que han sido utilizadas por distintas empresas de chocolates.
- En el interrogatorio de parte practicado a la demandante se admite que no es posible valer el uso que ella venía ejerciendo con anterioridad en cuanto a la utilización de una caja roja (según su dicho), toda vez que fue informada de que sobre ella no podía haber un registro por ser algo genérico (fl. 178 c.2. pregunta 9).

De esta suerte, no se encuentra probado como lo indica la demandante que fuera desde el año 1985 que Maria Elisa Camacho comercializara sus trufas bajo un empaque con las siguientes características: caja rectangular de cartón rojo, acompañada de una cinta y un moño en forma de estrella de color dorado, diseñado especialmente para la demandante en el año 1985.

b. En el año 1992 la demandada recurrió a un empaque como el de la demandante siendo evidente su similitud (caja roja de cartón, con cinta y moño dorado en forma de estrella). El moño en forma de estrella fue adquirido por la demandada en el mismo sitio que la demandante.

Al no poderse comprobar las características del empaque de la demandante ni la fecha en la cual Maria Elisa Camacho comercializó sus productos bajo el empaque descrito anteriormente, para el Despacho no es posible enfrentar unos parámetros definidos (los propios del empaque referido por la demandante) con otro patrón de comparación (el supuesto empaque utilizado por la demandante a partir del año 1992). De allí que la “evidente similitud” de los empaques que se aduce, no sea susceptible de probar.

No obstante, bastando lo anterior para que la afirmación pierda mérito y hallarla como no probada, conviene citar algunas pruebas obrantes en el expediente que ponen de presente

que la demandada antes del año 1992, recurría a ciertos empaques que a pesar de no identificar las características puntuales de su diseño, llevan al convencimiento de la utilización por parte de la demandada de cajas con diferentes colores y tamaños, incluso antes del año 1985, fecha señalada en la demanda como época para la cual la demandante empezó a utilizar el empaque descrito¹⁶.

La recurrencia en la utilización de “cajas” durante muchos años, como se observa a continuación, pone en entre dicho la posibilidad de un acto imitatorio que se adecue a la conducta de confusión demandada.

- Factura de venta No 263 de fecha 12 de octubre de 1984 expedida por Chocolates Nayarith en la que se relaciona en los ítems 1 y 15 la venta por parte de Nayarith de productos en caja grande y caja libro (fl. 136 c1)
- Factura de venta No 0094 de fecha 9 de octubre de 1984 expedida por Chocolates Nayarith en la que consta en los ítems 8 y 9 la venta de productos en caja grande y caja libro (fl. 137. c1).
- Factura de venta No 130 de fecha 18 de febrero de 1985 expedida por Chocolates Nayarith en cuyos ítems 7 y 13 se relaciona la caja oso y la caja regalo (fl. 142 c1).
- Factura de venta No 149 de fecha 11 de abril de 1985 expedida por Chocolates Nayarith en la que aparece a ítem 4 la venta de productos en caja regalo (fl 143. c1).
- Factura de venta No 470 de fecha 2 de julio de 1985 expedida por Chocolates Nayarith en la que figura a ítem 13 la venta de producto en caja regalo (fl. 144 c.1)
- Certificación del proveedor Famopal y CIA en la que consta que desde el 7 de junio de 1985 la demandada ha adquirido productos tales como caja ventanilla rectangular
- Factura de venta No 2835 de fecha 7 de mayo de 1985 en la que se relaciona la venta de cajas referencia ventanilla mediana a la señora Blanca de Aponte (fl. 140 c.1).
- Facturas de fecha 7 y 18 de noviembre de 1989 en la cual la señora Blanca de Aponte solicita la realización de cajas lámina (fl. 152. c.1).
- Facturas No 1975, 2039, 32536, 40767, 1252, expedidas entre los años 95 y 2002 a través de las cuales se demuestra que Blanca Cecilia Suárez utilizó para fines de su actividad cajas de diversos colores tales como la denominada “cajas azules ciruela trufas (tapas bases)”, cajas de tapa y base color azul y rojo, estuches Nayarith metálicos, cajas rojas hexagonales a dos tintas con estampado en dorado (fls 153, 154, 156,157 y 160 c.1).
- Certificación expedida por Gráficas Craftsman Ltda. en la que se señala que desde el mes de julio de 1993 la empresa Chocolates Nayarith, de propiedad de la señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte es cliente de la empresa fabricante de distintos elementos tales

16 Aparece a fl. 113 del C.2, el testimonio de la señora Blanca Lucy Vega, quien manifestó en la respuesta a la pregunta 42, no recordar que para el año para el año 1995 Nayarith usara cajas rojas con moños dorados. En la respuesta 43, contradictoriamente responde que recuerda que Nayarith hubiera sacado las cajas rojas con moños dorados después de que sacó Maria Elisa la caja roja, mas o menos en el año 1995. Este testimonio no solo es contradictorio, sino que visto frente a las demás pruebas obrantes y relacionadas, no es suficiente para concretar quién utilizó primero las cajas rojas.

como cajas, bolsas y adhesivos. De manera particular se resalta la fabricación por parte del proveedor de "(...) *cajas trufas chocolates 125 g, rojas, cajas trufas chocolatier 50° g, cajas ciruelas rojas, cajas trufas azules y rojas x 500 g., cajas trufas rojas chocolates 150 g, cajas chocolates trufas azules (...)* , entre otras. (fl. 236 c.1)¹⁷

Finalmente, en cuanto al diseño del moño no aparece acreditado que sobre él existiera un derecho en exclusiva por parte de la demandante que inhibiera a cualquier otra persona a utilizarlo.

No obstante no ser ello una razón en si misma para desvirtuar la afirmación de la accionante, se encuentran en el expediente circunstancias que indican que el moño utilizado corresponde a un modelo que bien puede aparecer estampado en catálogos o muestrarios de moños y que por lo tanto, puede ser de uso recurrente por quien tenga interés en la fabricación personal o empresarial de moños. (fl. 148 c. 1 correspondiente al moño de estrella). Así mismo, no aparece acreditada la afirmación por la cual el moño fue diseñado por la empresa Jassil de manera exclusiva para su uso.

Por otro lado, a partir de la revisión de la prueba allegada por la parte demandante obrante a fl 61 del cuaderno 1 en la que se presenta el catálogo de Arflina, puede evidenciarse en el recuadro tercero en la presentación bajo el número 7, la descripción de la ancheta armonía la cual no contiene productos "María Elisa" y sin embargo, utiliza como decoración un moño en forma de cruz que acusa la demandante como causante de confusión por parte de Blanca Cecilia Suárez de Aponte. Esta situación evidencia que tal diseño de moño es utilizado deliberadamente por diferentes personas con el fin de decorar estuches, cajas y regalos de todo género.

No sobra precisar que los moños doble cruz reseñados son diferentes, pues el que aparece en la ilustración 1.8 de la demanda correspondiente a productos Mariaelisa no tiene como base una parte del moño en forma de cruz (que se muestra cruzada) sobre la cual sobresalen las demás vueltas del moño (en forma de estrella), como si se puede ver en el moño de Nayarith obrante en el numeral 1.10. de la demanda en el cual la estrella sobrepuesta, adicionalmente, tiene más vueltas que la usada por Mariaelisa.

Así las cosas, este Despacho concluye que la afirmación bajo estudio no aparece probada en el expediente, pues no existe una prueba idónea que permita de manera incuestionable tener por ciertas las afirmaciones, toda vez que no parece acreditado que la demandante hubiera utilizado los empaques con las características descritas desde el año 1985 tal como lo afirma, y que por su parte, la demandada hubiera recurrido a ellos como una conducta imitativa a partir del año 1992.

2. Indica la demandante que en el año 1999 adoptó la presentación actual de sus trufas en cajas rectangulares de color rojo y negro, cambió el diseño tradicional del moño que adornaba el empaque por un moño doble cinta dorado en cuyo centro se encuentra otro moño dorado con flecos, que también fueron imitados por la

¹⁷ Del testimonio de Maria Mercedes Rodríguez de Palacio, Gerente de Alvilla S.A. (fl. 95 c.2) se destaca que la utilización de cajas es común, los diseños de los troqueles son realizados por las empresas que ofrecen la fabricación de las cajas, y los colores rojo o cualquier otro son utilizados reiteradamente. Cita como ejemplo el color rojo empleado por Marlboro y las cajas rojas fabricadas para Italo antes del año 1992. "Alvilla S.A. si ha elaborado cajas rojas para clientes diferentes como el estuche navideño de Italo y seguramente debe haber otros fabricados anteriormente en rojo para clientes como Italo y triunfo

demandada con posterioridad a la fecha de introducción de la nueva presentación¹⁸.

Los anteriores hechos son negados por la parte demandada quien sostiene que la caja rectangular y el moño doble cinta los utilizaba desde de tiempo atrás. Así mismo indica en su defensa, que el empaque que lanzara para el primer semestre del 1999 correspondía a la referencia 9093 y había sido elaborado por Alvilla, según lo acredita con la factura No 32536 de mayo 6 de 1999 (fl. 156 c.1).

También señala la demandada que ese preciso empaque que aparece fotografiado en la demanda corresponde al diseñado y elaborado para Nayarith en agosto de 2002 por establecimientos Alvila, conforme a la factura 40767 (fl 157. c1), por lo cual no puede ser ubicado por la demandante para el año 1999.

Estas pruebas de la demandada no son suficientes para controvertir las afirmaciones de la demandante, pues la primera factura no prueba que el diseño del empaque utilizado en el año 1999 por Blanca Cecilia Suárez de Aponte corresponda a la descripción relatada por la demandante en el hecho que se analiza y de manera particular, no permite conocer las características del moño utilizado por la demandada que faciliten realizar una confrontación con las características del moño especificado por la demandante. La segunda factura tampoco ofrece evidencia alguna respecto de lo dicho.

Por otra parte, la demandante se refiere a que el moño doble cinta lo había utilizado “*ocasionalmente*” incluso desde el año 1992 (fl. 9 c.1 hecho 1.14), lo cual es indicativo para el Despacho de que el uso del referido moño en el año 1999 no correspondía a un diseño nuevo como lo afirma en la demanda (pues ya había sido utilizado ocasionalmente incluso antes del año 92). De allí que no pueda hablarse de un modelo innovador que pretendiera servir de respuesta a una supuesta imitación desplegada previamente por la demandada.

Ahora bien, restringiéndonos a la referida innovación que se le hiciera al moño doble cinta al complementarlo con un moño dorado con flecos en el centro, a partir del año 1999, tal afirmación carece de sustento probatorio por parte de Maria Elisa Camacho, quien no aporta prueba tendiente a verificar que el fleco al que se hace mención hubiera sido utilizado primero que la demandada y en la fecha por ella indicada.

Sobre este aspecto, la testigo Ana Maritza Fajardo Mosquera indica ante la pregunta planteada por la apoderada de la parte demandante, que las empresas María Elisa, Emilita y Nayarith usan moños de flecos y moños de guirnalda en sus empaques, lo cual contribuye a desvirtuar el derecho en exclusiva sobre los referidos moños, sostenido por la demandante. (fl. 151 c.2 pregunta 34).

Por su parte, la demandada se refiere a pruebas debidamente practicadas en el trámite tendientes a corroborar la improcedencia de la afirmación. Así, del testimonio rendido por la señora Blanca Lucy Vega, se desprende que los moños utilizados en los empaques de Blanca Cecilia Suárez son diferenciables si se tiene en cuenta que en los productos Maria Elisa - a diferencia de los de Blanca Cecilia Suárez de Aponte -, los colores del moño van de acuerdo con el empaque del producto: “[s]i el estuche lleva empaque dorado y morado, el color del moño es dorado y morado (...). Los de Nayarith son dorado o azul, pero de un

18 Fls 09 y 10 c.1

solo color, en los mini x4. En las cajas de Nayarith, ella también tiene ese moño de doble cinta con hilachas, de color dorado o plateado , pero de un solo color”.

De otro lado, se concluye del acervo probatorio que los flecos de los moños pueden ser elaborados con diversos materiales dentro de los cuales se incluyen guirnaldas que son de libre adquisición en el mercado. De hecho, María Elisa Camacho reconoce en su declaración de parte que los primeros flecos que ella utilizó fueron hechos con una guirnalda dorada, aunque con posterioridad utilizó un producto llamado “persiana”.

Así mismo, la manifestación que realiza la accionante en el sentido de que la combinación de los colores rojo y dorado y el diseño del moño hacen que el empaque de las trufas de Mariaelisa Chocolatier sea distintivo (, fl. 2 c1 hecho 1.3.) y que el público consumidor los reconozca y distinga inmediatamente de los otros chocolates del mercado, excluye la posibilidad de que pueda configurarse un acto de confusión, si se tiene en cuenta que por definición legal para que exista confusión se requiere que el consumidor incurra en una mezcla de identidades en relación con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, la cual no logra presentarse, si como se reitera, de acuerdo con lo dicho por la demandante, la combinación de los colores rojo y dorado y el diseño del moño hicieron que el empaque de las trufas de Mariaelisa Chocolatier fuera suficientemente distintivo.

Finalmente, las demás pruebas documentales¹⁹ obrantes en el expediente no permiten precisar las fechas que son necesarias, para poder hablar de la conducta endilgada a la demandante y tampoco definen las características del moño (doble cinta con flecos).

A pesar de las distintas circunstancias que se presentan en el análisis, **la sola carencia de pruebas tendiente a la definición de la época en la cual cada una de las partes procedió a utilizar el moño descrito, imposibilita partir de un hecho concreto del cual pueda derivarse un análisis comparativo tendiente a comprobar la confusión surgida por el hecho de la supuesta imitación acusada.**

En todo caso, se reitera que la utilización de un moño con diferentes diseños no es un asunto apropiado, toda vez que los diseños pueden ser extraídos de modelos que aparecen en revistas y catálogos como quedó demostrado en el acápite anterior.

3. María Elisa Camacho Arango utiliza para la presentación de sus productos tarros metálicos con distintos diseños, formas y tamaños desde 1996 los cuales son adquiridos por la demandante a la sociedad Imporexco. Desde el año 1997 los tarros metálicos empezaron a ser decorados con moños dorados hechos con cinta en flecos. En el año 2002 la demandante se enteró que la demandada había empezado a comercializar sus chocolates en tarros de metal similares a los utilizados para las trufas Maria Elisa Chocolatier. La identificación del fabricante se presenta en forma prácticamente idéntica mediante óvalos en color dorado con las inscripciones Maria Elisa Chocolatier y Nayarith Chocolatier. (1.17, 1.18, 1.19)

La demandada señala no constarle las afirmaciones contenidas en estos hechos. Aclara que el uso de tarros metálicos con distintos diseños, formas y tamaños corresponden a

¹⁹Entre otros, del catálogo de Arflina delikatessen, no puede identificarse que corresponda al año 1992. Tampoco de él puede establecerse que el moño tenga flecos (fotos 8 y 9 del catálogo). Del los catálogos obrantes a fls. 66 a 68 c.1 no puede inferirse que correspondan al año 1992.

diseños de empaques que se encuentran en el mercado y que no han sido diseñados de manera especial o exclusiva para determinada fábrica sino que son vendidos al público en general. También sostiene que desde el año 1996 la demandada utiliza los moños dorados hechos con cintas de flecos para decorar los productos Nayarith .

Reposan como prueba de la utilización por parte de la demandada de tarros de hojalata, las siguientes:

- Factura de compra No 113064 de fecha 28 de mayo de 1993, expedida por Keller – Charles of Philadelphia (fls. 13 y 14. c.3)²⁰, en la cual se relaciona la adquisición de diversas figuras de las cuales no existe constancia de que se trate de tarros de hojalata.
- Facturas No 09701 del marzo de 1998 (fl. 70 c.1), 09845 de abril de 1998 (fl. 71 c.1) y 10049 de mayo de 1998 (fl. 74. c.1) expedidas por Importadora Exportadora de Colombia Imporexco, a nombre de María Elisa Camacho, de las cuales tampoco es posible determinar que los productos adquiridos en las fechas indicadas, consistan en tarros de hojalata, pues los ítems allí previstos pueden corresponder a tarros de diferente material lo cual dista de las manifestaciones hechas en la demanda.
- Copia del catálogo “Programa regale una vida”, de la fundación cardio - infantil del año 1999, en el que aparece bajo los Nos 187 y s.s. los productos María Elisa, en su presentación de tarros de hojalata con diseños de navidad (fls. 75 y 76 c.1). Este catálogo no prueba que los tarros hayan sido introducidos por la demandante desde el año 1996.
- Testimonio de la señora Claudia Bermúdez quien afirma que para diciembre del año 2000 tanto María Elisa como Nayarith introdujeron los tarros de hojalata. (fl. 159 c.2 pregunta 18)., manifestación que también pone en entredicho que en el año 1996 María Elisa Camacho Arango hubiera utilizado para la presentación de sus productos tarros metálicos con distintos diseños, formas y tamaños.

En cuanto a la utilización en los tarros de moños dorados con cinta de flecos, de las facturas transcritas no puede establecerse que los moños se hubieran utilizado y mucho menos que ello hubiera ocurrido desde el año 1997.

En el catálogo de la fundación cardio-infantil, sin bien las fotografías muestran la utilización del moño como parte decorativa, debe tenerse en cuenta que el catálogo es del año 1999, por lo cual la afirmación de la demandante referente a que los moños son utilizados desde el año 1997 tampoco quedó probada.

Por otra parte, se señala en el hecho bajo análisis de manera confusa, que solo hasta el año 2002 la demandante se enteró de que la demandada había empezado a comercializar estos productos. Bajo esta afirmación no puede entenderse si fue en el año 2002 que la demandante se enteró de la conducta de su demandada o si como lo afirma, tal fecha corresponde a la fecha en la cual la demandada había empezado a comercializar el producto descrito.

En opinión del Despacho, el año 2002 que sirve de referencia para precisar temporalmente la época de la conducta de la demandada, no puede ser entendido estrictamente en el sentido de que desde el año 2002 la señora Blanca Cecilia Suárez los hubiera empezado a

²⁰ Aportada a solicitud del despacho en inspección con exhibición de documentos. Traducción oficial.

utilizar, pues pudo haber sucedido que los hubiera empezado a comercializar incluso antes que la demandante y que sólo hasta ese entonces ésta se hubiera enterado, situación que es probable no solo si se lee la descripción del hecho sino también si se tiene en cuenta el testimonio de la señora Ana Maritza Fajardo Mosquera, en el cual la deponente indica que habiendo entrado a trabajar como mercaderista impulsadora de Nayarith en el año 2001 (fl. 147 c.2) para dicha época Nayarith ya utilizaba empaques de hojalata (fl 148. c2 pregunta 15). Esta afirmación desvirtuaría el hecho de que en el año 2002 la demandada hubiera empezado a comercializar sus productos en tarros de hojalata.

En todo caso, sin necesidad de llegar a estos extremos de la situación fáctica narrada, se tiene que fallando la primera premisa de la afirmación referente al tipo de tarros que venía comercializando la demandante y la fecha de su introducción, resulta improcedente tratar de verificar la fecha en la cual la demandada empezó a utilizar el tarro metálico que se señala en los hechos, pues faltaría la comprobación del primer elemento temporal necesario para determinar quién fue primero en el tiempo y quién copió un diseño con el ánimo de causar confusión.

De todas formas, revisadas las demás pruebas obrantes en el expediente se observa que los envases metálicos o de aluminio dentro de los cuales se incluyen los tarros de este material para presentar productos, obedecen a una tendencia de la moda tal como se puede observar con las siguientes pruebas:

- Cotización No 2689 y 2690 de octubre de 2000 (fl. 162 y 163 c.1.)
- Facturas 2793 y s.s correspondientes al año 2000- 20001-2002 expedidas por Aenvases, empresa fabricante de envases de hojalata (fl. 164 y s.s. c1).
- Testimonio de la señora Ana Maritza Fajardo Mosquera en el que se señala que los empaques de tarros metálicos se utilizan por distintas empresas de chocolates tales como *“Emilita, María Elisa, Nayarith y los momento de Colombina utilizan tarro ahora. El Éxito marca propia también tiene tarro.”*(fl. 147. c.2)

4. En el año 1997 la demandante empezó a decorar sus tarros metálicos con moños dorados hechos con cinta en flecos. El moño en cinta de flecos también fue utilizado en otras de las presentaciones comerciales de los productos de María Elisa, como se hizo en la época navideña de 1997 al participar en la temporada de precio estrella de Almacenes Éxito S.A., con el diseño “Árbol de Navidad en Chocolate” según se observa en el catálogo publicado por dichos almacenes. (1.19)

Sobre este punto la demandada indica que el haber utilizado por la temporada de navidad del 1997 el moño de cinta de flecos corresponde a una tendencia natural de la época. Señala que la publicación en el catálogo del Éxito no le confiere exclusividad a la demandante sobre esos diseños y que los moños son de dominio público.

En consideración del Despacho, no se encuentra ninguna prueba en el expediente que ponga de presente que hubiera sido en el año 1997 cuando la demandante había empezado a decorar los tarros metálicos con los moños descritos. Si bien aparecen fotografías en donde se evidencia la utilización del referido empaque, las mismas no son idóneas para confirmar un elemento importante de la acusación, como es la época o fecha en la que se realizaron las conductas descritas.

Por otra parte, revisado el catálogo de Almacenes Éxito anunciado con el que se pretende soportar la afirmación (fls. 72 y 73 c.1), del mismo no puede inferirse que corresponda a la temporada navideña del año 1997.

En todo caso, se resalta que la demandante no acreditó un derecho exclusivo sobre los referidos moños lo que conlleva reafirmar que la utilización de moños como parte decorativa de un arreglo o regalo es libre.

5. En el año 2002 la demandante tuvo conocimiento de que la denunciada “comenzó a comercializar sus chocolates en tarros de metal muy similares a los utilizados para las trufas de María Elisa chocolatier”. (1.20 y 1.21)

En el texto de contestación de la demanda, se advierte que la acusación no es cierta y que la señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte venía comercializando sus productos en tarros de metal desde tiempo atrás de acuerdo con las tendencias del mercado.

Revisado el expediente se observa que en la descripción del hecho la demandante no indica la fecha en la cual la demandada empezó a comercializar los productos en empaques similares. Se refiere a que sólo en el año 2002 se enteró de esa conducta, afirmación que no implica el hecho de que en esa misma fecha la demandante hubiera empezado a realizar la conducta señalada.

En gracia de discusión, si la conducta se hubiera desplegado en el año 2002, no existe prueba allegada por la demandante en este sentido. Sólo reposa en el expediente, como se señaló anteriormente, prueba testimonial rendida por la señora Ana Maritza Fajardo Mosquera quien indica haber entrado a trabajar en el año 2001 como mercaderista e impulsadora de Nayarith (fl. 147. c2 pregunta 3) y afirma al contestar la pregunta 15 que cuando entró a trabajar con Nayarith, esta empresa ya vendía sus productos en el mercado en empaques de hojalata.

6. En diciembre de 1998 las trufas de María Elisa Chocolatier fueron introducidas al mercado con una presentación caracterizada por el diseño navideño del tarro metálico y por un moño brillante en flecos en colores rojo y verde. Los tarros en diseños navideños fueron adquiridos a Imporexco. A finales del año 2002 Blanca Cecilia Suárez de Aponte introdujo una nueva presentación comercial de sus productos de chocolate utilizando motivos navideños y un moño brillante en flecos en colores rojo y verde. (1.22 y 1.23)

A la demandada no le constan las modificaciones aludidas en el hecho y sostiene que en época navideña el comercio en general aprovecha para aumentar sus ventas, cambiando la imagen de las presentaciones comerciales y utilizando moños navideños acordes con la época. Señala que la demandante no prueba que en el año 1998 hubiera introducido al mercado la presentación navideña a la que alude y según su dicho, sólo hasta diciembre de 1999 introduce motivos navideños a los empaques de sus productos.

En relación con estos hechos, aparecen como prueba la factura 006935 expedida por Imporexco a nombre de María Elisa Camacho (fl. 069 c.1) en octubre de 1996, en la que consta la adquisición de “cajas ovaladas” y “cajita ponsetias”, pero ellas no prueban si las mismas son elaboradas en material metálico que permita asimilarlas a tarros metálicos.

- De la factura No 09701 expedida por Imporexco a nombre de María Elisa Camacho en marzo de 1998 (fls. 70 y 71. c1), no puede establecerse si los tarros redondos con motivos de frutas y flores correspondieran a los tarros navideños a los que se refiere la accionante, pues vista la fotografía que imprimió en el hecho 1.22 de la demanda, al que se refiere este análisis, se evidencia el diseño navideño del tarro que utilizaba no siendo asimilable a los motivos de frutas y flores antedichos, razón por la cual la prueba tampoco sirve para dar evidencia en cuanto a los elementos de la afirmación de la demandante.

- En la factura No 10049 expedida por Imporexco a nombre de María Elisa Camacho de fecha enero de 1999 (fl. 74. c1), si bien consta la fabricación de tarritos "redondo surtido navidad", el hecho de que la factura haya sido expedida en el año 1999, no permite que la misma se ajuste a la época (año 1998) en la cual la demandante indica haber introducido las trufas Maria Elisa Chocolatier con una presentación caracterizada por el diseño navideño del tarro metálico. Esta prueba tampoco permite conocer la utilización del moño brillante en flecos en colores rojo y verde, elementos que igualmente forman parte de la descripción del hecho y que deben ser verificados.

- Del catálogo de la Fundación Cardio infantil (fl. 76 c1), éste permite evidenciar el ofrecimiento de trufas en tarros metálicos con motivos navideños por parte de la demandante en el año 1999 y no desde el año 1998, como se afirma en la demanda.

Ahora bien, aparte de no acreditarse el primer elemento de la afirmación consistente en la fecha en la cual la demandante introdujo al mercado los referidos productos navideños, la accionante no prueba el otro elemento de la misma consistente en la fecha en que la demandada introdujo la nueva presentación del diseño navideño (año 2002) cuyo ofrecimiento y venta al consumidor pudo causar confusión.

No obstante la demandante no haber probado la afirmación contenida en el hecho siendo su carga procesal, conviene señalar que en relación con este asunto objeto de prueba (fecha para la cual la demandada introdujo el diseño de empaque aludido), reposa en el expediente el testimonio de la señora Ana Maritza Fajardo Mosquera quien manifiesta que para el año 2001, época para la cual entró a trabajar a la Nayartih como mercaderista e impulsadora, ya se vendía los productos en los empaques de hojalata (fl. 147 y 148 c.2 preguntas 3 y 15), poniendo de presente que existía unos "(...) *rojo[s] con campanas de navidad, otros también con (...) una granja de navidad*", afirmación que pone en entredicho que la conducta hubiera surgido en el año 2002 y que inhibe la comprobación de que al menos desde el año 2001 lo hubiera hecho, pues la afirmación sólo señala que los motivos navideños ya venían siendo utilizados en el año 2001 sin precisar desde cuando, punto importante para efectos de comparar las fechas en las cuales se desplegaron las conductas.

Por otra parte, la demandada no allega prueba suficiente que ponga de presente que utilizaba las presentaciones que se acusan con anterioridad a la fecha establecida por la demandante (año 2002), pues las facturas No 204 y 0001 expedidas por "Porcelanas El Detalle" en los años 1995 y 1999 respectivamente, si bien hacen una relación de distintos elementos navideños, las mismas no dan fe de que se trate de tarros de hojalata o de metal (fl. 158 y 159 c.1.).

En cuanto a la factura expedida por Gráficas Craftsman Ltda. en el año 1999 (fl. 160 c.1.), ésta solo hace referencia a las cajas exagonales plastificadas y no proporciona ningún elemento que haga pensar que se trata de tarros de hojalata.

En suma, no existen límites temporales probados que permitan cotejar la actuación de la demandante frente a la demandada, razón por la cual pierde todo mérito la acusación descrita.

Finalmente, no sobra destacar dos puntos que aparecen en el análisis, uno relativo a la utilización de los colores rojo y verde en los moños, pues debe tenerse en cuenta que es un hecho notorio que son colores que universal y tradicionalmente identifican la época de la navidad, razón por la cual no es cuestionable que durante esta época los comerciantes recurran a estos colores para fabricar moños y diseñar empaques. Un segundo aspecto relativo a que los diseños que sirven a la demandante para hacer la comparación entre uno y otro tarro navideño, los cuales aparecen impresos en el texto de la demanda, ponen de presente a este Despacho diferencias existentes entre ambos, pues según se advierte, el tarro de la señora Maria Elisa Camacho es hexagonal y de color rojo, el moño va superpuesto en uno de los costados del tarro, mientras que el tarro de Nayarith es redondo, amarillo y el moño va pegado encima en la tapa del tarro. De allí que a pesar de la carencia probatoria en cuanto a los referentes temporales de los cuales se ha hablado repetidamente, convenga señalar que no existen elementos comunes o asimilables entre los diseños enfrentados que permitan confundir a un consumidor racional.

7. Durante la temporada de navidad en el año 2001 Maria Elisa Camacho lanzó una presentación especial de sus trufas en un tarro metálico impreso con un diseño navideño de osos pandas con la frase “*Season’s greetings-happy holidays*”. Los tarros fueron adquiridos a Imporexco. En el año 2002 La demandante evidenció que la demandada introdujo en el mercado una presentación de sus productos de chocolate muy similar, los cuales fueron comprados a Imporexco (1.25 y 1.26)

A Blanca Cecilia Suárez de Aponte no le constan estos hechos, por el contrario sostiene que las pruebas aportadas por la demandante corroboran que esto no es cierto, como mas adelante se indica.

- Aparece como prueba de la demandante en cuanto a tal afirmación, un correo electrónico remitido por Imporexco a Maria Elisa Camacho **de fecha 1 agosto de 2001** (fl. 77 c.1.) en el que Imporexco le informa estar estudiando **si tiene los diseños en negativo** o si nunca ha producido los tarros en los diseños pedidos, prueba que individualmente considerada no permite tener como cierta la fecha en la cual la demandante empezó a comercializar los tarritos descritos, tal como lo sostiene la demandada al contestar la demanda, pues solo evidencia la intención de poder contar con unos tarros con el diseño fotografiado, pero no muestra que en efecto el pedido se hubiera consolidado para dicha época.

- Si la petición del diseño de osos panda a Imporexco hubiera ocurrido **en agosto de 2001**, esto no evidencia que el producto bajo el empaque referido hubiera salido al mercado en ese mismo año, si se tiene en cuenta el proceso que se requiere para que tales productos sean importados por Imporexco.

Téngase en cuenta que según el interrogatorio de Carmen Sofía Góngora (fl. 169 c.2), el proceso para traer de Oriente los diseños solicitados debe iniciarse con un año de antelación, pues primero se traen unas muestras de la India las que se someten a los clientes en Colombia y luego se inicia el proceso de importación que concluye en junio del año siguiente, fecha en la cual llegan los contenedores, por lo que en el caso de Maria

Elisa Camacho, tratándose ella de una cliente preferencial, como lo indica la deponente, a quien primero se le muestran los diseños para que adquiera lotes especiales, María Elisa Camacho ha debido hacer la solicitud en el año 2000 y haber recibido su pedido en junio de 2001, pues si el pedido fue realizado en agosto de 2001 era imposible contar con los productos, según tal relato haber adquirido los productos, para la navidad de ese mismo año.

A tal conclusión se llega si se tiene en cuenta el interrogatorio aludido que indica literalmente en sus preguntas 28 y 29 lo siguiente:

*“Diga al Despacho si Imporexco trae los lotes de tarros y ya teniéndolos aquí se los ofrece previamente a María Elisa como lo afirmó en una de sus respuestas anteriores. (...) Primero **le traemos la muestra del litografiado y con esas muestras ella escoge** y se le trae el lote de lo que ella escogió de acuerdo a las muestras” (fl. 169. c.2. pregunta 28)*

*“ Diga al Despacho en qué momento se hace la factura de productos que vende Imporexco cuando se encuentran disponibles en el almacén, es decir que no están sujetos a pedido. (...) **En noviembre** estamos ubicándonos en este año (es decir 2003 fecha en la cual rindió la declaración) es el show room en el oriente para el 2004, entonces se va al oriente se escogen las muestras, el oriente nos las envía acá y con esas muestras vamos a donde **María Elisa dando una idea para que ella escoja lo que le gusta. Estoy hablando de clientes para empaques y promocionales por ser lotes especiales.** Ya con las otras muestras nosotros hacemos un show room de navidad en febrero para las cadenas y ahí ellos escogen los que les interesa, con base en eso se montan los pedidos en el oriente y en el mes de junio empiezan a llegar los contenedores y se hacen entregas parciales. Ya para esta fecha tenemos los pedidos de nuestros clientes, y ahí es cuando empezamos a facturar cuando estamos entregando. Hablando de lo que es mercado de las cadenas, porque el mercado de empaque y promocional el lote se va completo. (fl. 179 c.2 pregunta 30).*

Llama la atención en relación con lo expuesto, que conste en el testimonio de la señora Carmen Sofía Góngora que Imporexco hubiera facturado entre septiembre y octubre del 2001 los tarros de osos panda que María Elisa Camacho le había solicitado en agosto del mismo año (fl. 166 c.2 pregunta 12), pues si transcurrido el show room en el oriente (que como se vio, se realiza en noviembre del año inmediatamente anterior) Imporexco muestra los diseños a los clientes de lotes especiales, no hay razón lógica para entender que sólo hasta el mes de agosto siguiente (2001), María Elisa Camacho estuviera apenas haciendo un pedido como cliente de lotes especiales que pudiera alcanzar a ser importado de oriente, entregado y **facturado** en el mes siguiente (septiembre y octubre de 2001).

Estas inconsistencias en las pruebas llevan al Despacho a considerar que agosto de 2001 no es ni siquiera una fecha indiciaria de que en diciembre de 2001 la demandante hubiera utilizado primero que la demandada el diseño al que se ha hecho alusión, pues según el relato testimonial y dadas las fechas, para esa época (agosto de 2001) la demandada también hubiera podido haber adquirido los referidos empaques directamente e incluso antes que la misma demandante.

Lo anterior, cobra mayor vigencia si se tiene en cuenta la factura No 19793 del 3 de abril de 2002, expedida por Imporexco Ltda. en la que consta la adquisición por parte de Maria Elisa Camacho de tarros redondos y miniatura panda en el año 2002 (fl 78 c.1), fecha que como se observa es posterior en un año a la señalada por la accionante (en el correo electrónico de fecha 1 de agosto de 2001, con el cual pretendió probar el pedido aludido).

En cuanto a la utilización por parte de la demandada de los tarros de hojalata con osos panda, la demandante no probó el supuesto de hecho de su afirmación consistente en que *“en el año 2002 la demandante **evidenció** que la demandada introdujo en el mercado una presentación de sus productos de chocolate muy similar, los cuales fueron comprados a Imporexco”*. Por una parte, el hecho de haberlo **evidenciado** no es prueba de su utilización a partir de ese año (que se presenta como posterior al año en que la demandante supuestamente utilizó el diseño) pues no excluye que la demandada hubiera podido utilizar tales diseños incluso antes de la demandante, lo cual desvirtúa completamente la copia del diseño que en sentir de la accionante es la que causa confusión.

Si bien aparece la factura No 21661 del 22 de noviembre de 2002 en la cual la demandada adquiere de Imporexco tarros redondos en diferentes modelos navideños, entre ellos, modelo panda (fl. 196 c.1), también es cierto que la factura No 10379 expedida por “Troquelados y Estampados” en abril del año 2002 hace constar la adquisición de tapas de presión Nayarith osos (fl. 178 c.1) a un proveedor distinto del que forma parte del supuesto de hecho de la demandante.

Ahora bien, los diseños de osos pandas no corresponden a un diseño exclusivo²¹, pues como se aduce con el correo electrónico remitido por Imporexco a Maria Elisa Camacho de fecha 1 agosto de 2001 (fl. 77 c.1.), Imporexco le informa a la demandante estar estudiando **si tiene los diseños en negativo** o si nunca ha producido los tarros en los diseños pedidos, lo cual lleva a concluir que existía la posibilidad de que se tratara de un diseño no innovador ni exclusivo para la demandante o que ya se hubiera vendido por el proveedor a otro sujeto.

La carencia de exclusividad sobre los diseños se refuerza con el interrogatorio de la señora Carmen Sofía Góngora de Cheyne (fl. 169 c.2. pregunta 26) a quien se le interrogó *“(…) si los tarros importados por Imporexco tiene (sic) la exclusividad en los diseños litografiados que se venden en el país, refiriéndome a los tarros litografiados utilizados por María Elisa Camacho para sus productos o si por el contrario existen otras empresas importadoras”* contestó:

*“Normalmente los tarros que se le venden a María Elisa Camacho son lotes que nos vende nuestro proveedor a nosotros. Lo que antes les había comentado que siempre **se le muestran primero a ella los tarros para que ella escoja** lo que ella quiere y el resto salen al mercado de cadena. No se si en Colombia **haya otro importador de litografiados de esos mismos”***

8. En 1998 Maria Elisa Camacho inició la comercialización de sus productos de chocolate en una nueva presentación consistente en un empaque en miniatura en

21 Al respecto ver certificación expedida por Image Time de fecha 18 de junio de 2003, (fl. 181 c.1) en la cual se indica: *“ cabe aclarar que algunas figuras geométricas: óvalos, círculos, cuadrados y otros como colores, animales, etc, son universales de libre realización”*

acetato transparente con un osito floqueado en color café como adorno sentado sobre el moño dorado en cinta de flecos en la parte superior del empaque. Ningún otro producto similar usaba adornos de este tipo en sus presentaciones comerciales. Los ositos fueron adquiridos a la empresa Imporexco. En el año 2001 Blanca Cecilia Suárez de Aponte introdujo en sus empaques metálicos un adorno consistente en un osito en cerámica en color café, sentado sobre el moño en cinta de flecos, colocado en la parte superior del empaque. (1.27, 1.28, 129)

Indica la demandada que estas afirmaciones no le constan. Añade que lo que si es cierto es que desde 1986, Blanca Cecilia Suárez de Aponte utilizaba estuches en acetato que le elaboraba el señor José Eduardo Suárez para lo cual anexa como prueba unas facturas expedidas por el referido señor desde el año 1986. En cuanto al osito, señala estarlo utilizando desde el año 1995, así como otros adornos miniatura para colocar en los moños de los empaques.

En consideración del Despacho deben tenerse en cuenta las siguientes pruebas:

- Factura 12125 del 30 de marzo de 1999 en la que consta la adquisición de “osos” por parte de la demandante a Imporexco (fl.79 c.1), lo cual no prueba la comercialización de los mismos desde el año 1998. Tampoco prueba que la comercialización se hubiere iniciado en el año 1999, pues el hecho de la adquisición de los ositos no prueba por si sola su destinación ni el hecho de haber sido puesta en el mercado la cajita de acetato con dicho adorno, como lo señala la demandante, desde el año 1998.
- En el catálogo de la Fundación Cardio Infantil del año 2000 (fl. 81.c1) aparece efectivamente el ofrecimiento de los productos María Elisa dentro de los cuales se destaca el empaque en acetato transparente con un osito floqueado café como adorno sentado sobre un moño azul y verde, sin embargo esta evidencia no permite inferir por si misma que la comercialización se hubiere empezado en 1998 como lo señala la demandante, toda vez que el catálogo es del año 2000.
- Por último la demandante aporta la factura 20897 del 19 de septiembre de 2002 en la cual aparece constancia de la adquisición de “prendedores osos articulados” a la sociedad Importadora y Exportadora de Colombia (fl. 82 c.1), artículo que no define claramente que se trate de osos floqueados con tal finalidad requerida (servir de adorno encima de una caja). Adicionalmente, no prueban el hecho de la utilización del mencionado empaque desde el año 1998.
- Por su parte, la demandada con el ánimo de desvirtuar la afirmación de la demandante, aporta las facturas No 204 y 0001 expedidas por Porcelanas El Detalle (fl. 158 c.1) en las que consta que desde el año 1995 ha adquirido osos navidad y “miniaturas” que según su dicho corresponde a osos miniatura en cerámica que se usaban para adornar los moños de los empaques, explicación no controvertida y que concuerda con la alusión que hace al catálogo No 39 de 1986 “Westrin Crafts”, de donde señala fueron tomados dichos modelos (fl. 11 c.2).

En todo caso el extremo temporal necesario para proceder a cualquier análisis, referente a la fecha en que la demandada empezara a comercializar los productos con un empaque similar, no corresponde más que a una afirmación carente de

sustento probatorio por quien tenía la carga de la prueba y que por tales circunstancias no puede ser tenida como un acto que cause confusión.

9. En septiembre del año 2002 Maria Elisa Camacho introdujo en el mercado una nueva presentación de sus trufas consistente en un empaque miniatura en acetato transparente con un osito floqueado en su interior, junto con trufas en empaques individuales en papel metalizado en distintos colores. Los ositos fueron comprados a Imporexco. En la parte frontal del producto se encuentra el sello ovalado en color dorado con la frase Maria Elisa Chocolatier. En diciembre de mismo año (2002) la demandante evidenció que Blanca Cecilia Suárez de Aponte adoptó una nueva presentación de sus productos similar a la descrita. (1.30, 1.31)

La demandada manifiesta no constarle estos hechos. Así mismo indica que Blanca Cecilia Suárez de Aponte en agosto de 2002 compró algunos adornos para sus empaques, entre éstos, el oso prendedor articulado según factura 20590 del 23 de agosto de 2002, es decir antes que la demandante. Respecto de la presentación del oso felpa dentro de un estuche plástico, señala que dicha idea ya había sido utilizada por Blanca Cecilia Suárez de Aponte desde 1986, cuando comercializó sus productos con un payaso en su interior. Indica que los osos de felpa fueron adquiridos por la demandada a Derby S.A. como consta en el recibo No 37740 del 18 de marzo de 2002.

En el análisis probatorio aparece en el expediente factura No 20897 de fecha 19 de septiembre de 2002 expedida por Imporexco en la que consta la compra por parte de Maria Elisa Camacho de "bolsa prendedores osos articulados". (fl. 82 c.1). Esta prueba no es apta para poner de presente que los osos adquiridos sean osos floqueados como lo señala la demandante, tampoco que ellos hubieran sido utilizados para presentar las cajas en acetato con osito floqueado en su interior.

En gracia de discusión, si los osos articulados correspondieran a la descripción de osos floqueados, no hay prueba de que los mismos se hubieren utilizado con los fines descritos. Esta prueba no encuentra la manera de ser contrastada y valorada en conjunto con otras pruebas, pues no fueron aportadas por parte de la demandante otras evidencias en igual sentido.

Tampoco existe una sola prueba indicadora de que en el año 2002 la demandante hubiera llevado al mercado el producto descrito.

Ahora bien, también en gracia de discusión y partiendo de la base, como se dijo anteriormente, de que los osos articulados correspondieran a osos floqueados y que los mismos hubieran sido utilizados por la demandante para decorar las cajas de acetatos en su interior, es del caso resaltar en contraposición, que para el 23 de agosto de 2002, la demandada había adquirido según factura 20590 (fl. 202 c.1.) "osos prendedor articulado" a Imporexco. Es decir que según ésto los adquirió del mismo proveedor un mes antes que la demandante (que los había adquirido el 19 de septiembre de 2002). Esta prueba pone en duda con mayor razón quién recurrió primero a la idea y quién la materializó primero para que luego ser copiada.

Por otra parte, acredita la demandada que los osos felpa que utilizó en diciembre de 2002 fueron comprados a Derby S.A. en febrero de 2002 según consta en recibo No 37740 del 18 de marzo de 2002 (fl.203. c.1) que aporta al expediente, lo que pone de presente que su idea posiblemente había sido concebida con anticipación.

De esta suerte, se concluye que no existan pruebas, como en los casos anteriores, que delimiten las fechas en que uno y otro competidor introdujeron los productos en el mercado.

En todo caso, conviene señalar del análisis probatorio que la demandada acreditó que desde 1986 compraba estuches en plástico según facturas 774 de julio de 1986, 1019 de junio de 1989, 058 de 25 de enero de 1991 expedidas por José Eduardo Suárez y Estuches y Empaques (fls. 197, 198 y 199 c.1), lo cual sin embargo, no evidencia que los estuches en plástico allí reseñados correspondan a las especificaciones del material acetato²², o si se tratan de estuches en plástico simplemente, razón por la cual la prueba no permite desvirtuar completamente el hecho, que en todo caso no fue probado por quien tenía la carga probatoria.

10. El sello ovalado en color dorado fue adoptado por la demandante en 1993 con la inscripción María Elisa Chocolatier que identifica todos sus chocolates. En el año 2000 la demandada cambió su identificación de Chocolates Nayarith o Trufas Nayarith a Nayarith chocolatier, impresa en un sello ovalado de color dorado, sello que la demandada ha utilizado en sus cajas de trufas. (1.32, 1.33, 1.34,1.35)

En cuanto a la utilización que la demandante viene haciendo del sello ovalado desde 1993, la demandada señala no constarle y agrega que esta forma ovalada no es de uso exclusivo. Destaca el hecho de que la propia demandante indique que no solo usa el sello ovalado sino otras figuras y que ese sello ovalado, no es el que identifica los productos María Elisa. En cuanto al término "chocolatier" indica que es un término genérico no susceptible de apropiación.

Del material probatorio se destaca el testimonio de la señora María Mercedes Rodríguez de Palacio, Gerente de Alvilla, el troquel o la parte que corta el sello está dentro de los troqueles de Alvilla y el texto es aportado por el cliente. El troquel existe, los relieves los pone la fábrica del autoadhesivo (fl 100 y 101 c.3). Así mismo señala que los sellos autoadhesivos ovalados dorados **se realizaban para diferentes clientes** de diferentes sectores como floristerías etc. El texto es exclusivo "*con esto quiero decir que si otra persona viene a decirme que le haga un sticker con el texto y logo María Elisa Chocolatier diferente al dueño del producto no se lo vamos a hacer, si nos piden colocar otro texto sí lo podemos hacer, porque el troquel es nuestro y está a disposición de quien lo quiera usar.* (fl 103 c.2. pregunta 40).

Si bien los sellos en fondo dorado con impresión en letras negras y con la palabra chocolatier escrita en la parte inferior del mismo es similar, es importante considerar que tal como se fundamenta el hecho, no se encuentra probado desde cuándo se utilizó el sello ovalado por la accionante y en qué momento comenzó a utilizar el sello similar la accionada.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la utilización de los sellos no corresponde a un derecho exclusivo o innovador, pues son recurrentes en estuches y empaques de diversos productos. Así mismo el troquel o la parte que corta el sello es propiedad de la empresa

²² Material transparente utilizado en la fabricación de películas fotográficas, y en forma de láminas, para artes gráficas.

que lo realiza (Fl. 83 c.1) y está disponible para la elaboración de otros autoadhesivos que algún cliente requiera.

En cuanto a la utilización de la expresión “chocolatier” después de la expresión “Nayarith”, ésta última registrada como marca (fl.133.c1), se considera que la palabra francesa “chocolatier” que significa en el idioma francés persona que fabrica o vende chocolate, según lo expresado por la demandante y corroborado por la demandada, tal expresión es genérica como lo evidencian las pruebas obrantes en el expediente que ponen de presente que la palabra ha sido utilizada por otros comercializadores y fabricantes de chocolates (fl. 207 y 208 c.1) .

Ahora bien, en cuanto a la época en que la demandada viene utilizando la expresión chocolatier, reposa en el expediente la factura No 7426 expedida el 21 de febrero de 1997 (fl. 209 c.1.) en la que puede verse que se elaboraron etiquetas autoadhesivas con la expresión “Nayarith chocolatier”, tal como se puede observar en la columna “referencia”.

En la factura No 18005 expedida por Establecimientos Alvilla de fecha 2 de abril de 1997 (fl. 216 c.1) consta la fabricación de etiquetas Nayarith chocolatier, factura expedida por gráficas Craftsman en la que consta la utilización del termino “chocolatier” para referirse a las tapas para truffas (chocolatier) (fl. 298. c1)

De otra parte, cuando la accionada se refiere al hecho de la utilización del sello color dorado en la parte interna de las cajas de cartón que contienen el producto sobre el papel seda protector, el Despacho encuentra razonada la manifestación según la cual *“es una forma tradicional e internacional con toque de elegancia y etiqueta que se usa para empacar y proteger internamente productos delicados y finos, para lo cual se utiliza papel seda o papel milano sellándolo o pegándolo en un punto medio con un autoadhesivo, generalmente dorado o plateado”*

Así las cosas, se concluye que la afirmación descrita no se encuentra probada.

11. Maria Elisa Camacho empezó en 1998 a proteger sus productos de chocolate empacados en cajas de cartón con una bandeja protectora plástica (cuna para chocolates) adquirida en la empresa Vidrio Murán. Con posterioridad la demandada adoptó una bandeja similar. (1.37 y 1.38)

La demandada indica no constare las afirmaciones descritas. Señala que Blanca Cecilia Suárez de Aponte desde 1996 ya venía utilizando las bandejas protectoras, las cuales son de uso general.

Aparece probado en el expediente mediante factura No. 0001160 de fecha 27 de febrero de 1998 expedida por Vidrio Murán (fl. 86 c.1) que la señora María Elisa Camacho adquirió cunas para chocolates de diferentes tamaños. Ello no es indicativo de que en efecto las referidas cunas las hubiere utilizado primero que la demandada, pues tal como lo desvirtúa la demandada ella recurrió a tales cunas protectoras desde el año 1996 tal como consta en las facturas No 0907 del 4 de septiembre de 1996 y 0914 del 18 de septiembre de 1996 (fls. 219 y 220 c.1) donde consta la adquisición por parte de Chocolates Nayarith de “cunas caja doradas” y “cunas pequeñas” respectivamente, a la sociedad Estuches y Empaques, así como la certificación expedida por la misma empresa en el sentido de indicar que desde 1996 la señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte ha adquirido cunas para cajas

desde 1996 (fl. 234 c.1), lo cual pone de presente que la demandada venía utilizando bandejas protectoras antes que la demandante.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las bandejas que el demandante compara en las fotografías y que ilustran los hechos imputados (fl. 19 c.1.) muestran diferencias ostensibles y que de todas formas no aparece acreditado que sobre las cunas del diseño de la demandante exista una protección legal en cuanto al diseño.

Adicionalmente, de acuerdo con un juicio lógico y razonable, no es extraño ni novedoso encontrar en el mercado la utilización de esta forma de presentación para productos delicados o de cierta exquisitez, cuya función básica es proteger el producto.

12. Maria Elisa Camacho utiliza en las presentaciones de sus productos un diseño especial para presentar los ingredientes de sus chocolates, el lote de producción y la fecha de vencimiento, según las exigencias del rotulado para este tipo de productos. El cuadro mediante el cual se indican el lote y la fecha de vencimiento del producto fue diseñado por Establecimientos Alvilla Ltda. El cuadro se caracteriza porque los números del lote y las fechas de vencimiento se marcan escogiendo la cifra correspondiente de la lista presentada en forma horizontal diferenciándose de los demás oferentes del mercado. Blanca Elisa Suárez de Aponte con posterioridad adoptó en sus empaques este diseño. (1.39, 1.40, 1.41)

En criterio de la demandada, vale la pena resaltar que de acuerdo con las pruebas aportadas por la demandante el diseño elaborado por establecimientos Alvilla data de 1995 y la foto inserta a continuación del hecho 1.40 (texto de la demanda) “*sería para ser utilizada del año 2002 en adelante*”, de allí que no pueda ser cierto que la presentación la haya utilizado desde el año 1992. Indica que Blanca Cecilia Suárez de Aponte ya utilizaba este diseño en sus cajas de besos de nieve desde 1994.

En opinión del Despacho , la afirmación de la demandante según la cual “*el cuadro mediante el cual se indican el lote y la fecha de vencimiento del producto fue diseñado por ESTABLECIMIENTOS ALVILLA LTDA, sociedad que también elaboró sus cajas para trufas desde el año mil novecientos noventa y dos (1992)*”, no es clara para el Despacho en el sentido de indicar la fecha a partir de la cual el cuadro fue implementado y utilizado por la demandante, pues pareciera referirse más específicamente a que en el año 1992, Alvilla elaboró las cajas para trufas.

Si la fecha referida, por el contrario puede predicarse de la época para la cual Establecimientos Alvilla realizaba las cajas con la indicación del lote y la fecha de vencimiento del producto, en el expediente el único documento aportado por la demandante que haga referencia a la fecha de fabricación de dichos cuadros data del 13 de marzo de 1995 (fl. 88 c.1.), prueba que desvirtúa que desde el año 1992 la demandante utilizara tal diseño.

Ahora bien, de no formar parte del hecho la referencia al año 1992 destacada de la frase transcrita, solo quedaría por decir que la demandante, no indicó la fecha que debería servir de referencia para analizar el caso y poder consecuentemente, establecer una referencia temporal en la cual supuestamente la demandada hubiera recurrido a copiar o imitar el empaque indicativo de cierta información obligatoria del producto.

En todo caso, conviene citar el testimonio de la señora María Mercedes Rodríguez de Palacio Gerente de la empresa Alvilla S.A. quien al preguntársele si el diseño de cuadros para indicar en ellos el “número de lote y consumase antes de” es elaborado exclusivamente para los productos de la señora María Elisa Camacho, contestó: “ *No considero que sea exclusiva esa disposición y se ha utilizado en varias empaques. Actualmente se utiliza en varios empaques”* (fl. 103 c.2). Subrayas y negrilla fuera del texto).

De lo anterior se concluye que no es posible establecer un elemento fundamental en el análisis correspondiente a las fechas en que una y otra parte utilizaron para presentar datos como los ingredientes, el lote de producción de sus productos y la fecha de vencimiento, cajas de cartón con diseños especiales.

13. En el año 2001 Maria Elisa Camacho decidió comercializar las trufas en empaques individuales en papel metalizado marcadas con la expresión Maria Elisa Chocolatier. Los empaques son elaborados en polipropileno biorientado adquirido en Biopack Ltda. En diciembre de 2002, la demandante comprobó que la demandada había empezado a utilizar empaques similares para sus productos de chocolate en bolsitas individuales en papel metalizado marcadas con la frase Nayarith Chocolatier (1.43, 1.44)

A la demandante no le consta que el año 2001 hubiere sido la época en la cual la demandante decidió comercializar las trufas en los empaques individuales descritos. Así mismo destaca que no se trata de un material exclusivo. Por otro lado, niega que en su condición de demandada hubiera empezado a utilizar los empaques en bolsitas similares en diciembre de 2002, por el contrario señala que la máquina para realizar dichos empaques la adquirió y utilizó desde tiempo atrás; sin embargo, no precisa la fecha exacta en que empezó a utilizarlos.

Aparecen acreditados en el expediente por parte de la demandante la adquisición en agosto del 2001 de 66.10 kilos de polipropileno bioorientado metalizado a la sociedad Biopack, según factura 0726 (fl. 89 c.1) los cuales según la demandante fueron adquiridos para elaborar los empaques individuales. El hecho de la adquisición de este insumo no imprime a los empaques aludidos ninguna característica que los haga exclusivos, pues en el mercado pueden encontrarse diversos productos que se presenten al público consumidor revestidos de papel metalizado. La importancia del hecho radica en la fecha en la cual la demandante pudo haber recurrido a empacar sus productos en empaques similares que pudieran causar confusión.

Frente a lo anterior, si bien aparece en el expediente prueba de unos empaques individuales en papel metalizado marcados con la expresión María Elisa Chocolatier y otros con la marca Nayarith (fls. 90 y 91 c.1.), los primeros, es decir los correspondientes a Maria Elisa Chocolatier no prueban las afirmaciones de la parte demandante que interesan al proceso en cuanto a que los mismos hubieran salido al mercado en el año 2001.

En relación con los empaques individuales de la demandada, la demandante no indica en el hecho la fecha en la cual ésta los empezó a utilizar, pues leído con detenimiento se tiene que solo hace alusión a la fecha en que comprobó que fueron utilizados por la demandante, fecha que en todo caso no aparece probada por la accionante.

Para finalizar el análisis probatorio se destaca en el acervo probatorio que entre los materiales para elaborar empaques de chocolate son usuales los laminados, las cartulinas metalizadas, los relieves, las texturas que se dan a los materiales y los diseños que elevan la categoría de los productos. *“Para chocolates se utilizan cartulinas esmaltadas, metalizadas, con estampados, relieve, texturas barnices, con colores llamativos y dorados y plateados, porque tienen que competir con productos importados que vienen con excelente presentación”* (fl. 104 c.2, pregunta 43. Negrillas fuera del texto).²³

14. La demandada señala que Blanca Cecilia Suárez de Aponte a través de sus impulsadoras coloca sus productos en los diferentes establecimientos de comercio, junto a los de María Elisa Camacho (1.46, 1.47)

Para la demandante estas afirmaciones son falsas y tendenciosas, pues las impulsadoras no tienen la función de poner los productos en las góndolas, sino de promocionarlos. Señala que cada supermercado determina la ubicación de los productos de acuerdo con su naturaleza.

En criterio del Despacho, de las fotografías aportadas a lo largo del debate probatorio puede observarse que en las estanterías de los establecimientos no solo se ofrecen los productos de Nayarith y los de María Elisa Camacho sino que se ofrecen otros productos de chocolatería fina.

La ubicación de estos productos depende de las políticas de cada supermercado y no de cada empresa. Como prueba de lo anterior, reposa en el expediente la constancia de la inspección judicial practicada a Almacenes Éxito (fl. 187, 188, 189 c.2).

Del testimonio de Ana Maritza Fajardo, se aclara este punto cuando la deponente indica que las empresas que venden productos son *“Emilita, María Elisa, Chocolates Nayarith, Colombina, Nacional de Chocolates, Ferrero, Los Morza etc”* (fl. 147 c.2), e indica seguidamente, que en Almacenes Éxito los mercaderistas no pueden escoger los espacios o sitios para ubicar sus productos, pues *“por lo que [tiene] entendido es un planograma que llega de Medellín para asignarle a cada empresa sus espacios y no es por voluntad de uno”*. (fl. 140.c.2).

En el mismo sentido, la señora Blanca Lucy Vega (fl.11 c.2) indicó en su testimonio que cuando se agota el producto a su cargo en las góndolas, debe pedir a la coordinadora del supermercado los productos para que sean traídos de la bodega y acomodados en las góndolas, lo cual confirma igualmente, el hecho de que las impulsadoras o mercaderistas no pueden escoger y acomodar los productos a su criterio.

Así mismo, reposa en el expediente la factura de venta No 7658 del 6 de agosto de 2002 (fl. 135. c1), indicativa de que la mercancía es entregada al “CEDI BOGOTA”, que según la demandada, es un centro de acopio de almacenes Éxito, afirmación no controvertida, lo cual consta con el sello de recibido “Almacenes Exito” impreso en el documento. Este centro de acopio se encarga de distribuir los productos en los locales y ponerlos en las góndolas según dispongan los operadores logísticos y las políticas de acuerdo con el

23 Testimonio de María Mercedes Rodríguez de Palacio. Gerente de Alvilla S.A., empresa proveedora de empaques.

planograma interno de cada establecimiento, lo que guarda coherencia con el testimonio precitado.

Por las anteriores circunstancias, el hecho carece de prueba y fundamento.

Analizados los hechos anteriores, se concluye que los elementos necesarios que conforman las afirmaciones de la demandante no fueron probados, pues no se precisan circunstancias básicas que delimiten el marco de referencia para realizar un posterior análisis de deslealtad, tales como el cuándo, cómo y dónde las partes ofrecieron los productos en el mercado. De esta suerte, un análisis referente a la existencia de cualquier acto capaz de crear confusión por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad comercial de un competidor no es posible, de allí que forzosamente se concluye que la demandada señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte no incurrió en los actos de confusión descritos en el artículo 10 de la Ley 256 de 1996.

4.3. Actos de imitación.

Señala la demandante que a partir de los hechos descritos en la demanda, Blanca Cecilia Suárez de Aponte incurrió en actos de **imitación sistemática y minuciosa** de las iniciativas empresariales de María Elisa Camacho (fl. 28 c.1).

En su sentir, se trata de una **imitación servil** a lo largo de los años.

“ (...) no solo ha copiado en forma sistemática cada nuevo diseño que [la demandante] introduce en el mercado para presentar las trufas, sino que ha buscado de esta forma crear confusión entre los consumidores y obstaculizar el afianzamiento de [la demandante] en el mercado. (...) Con una simple lectura de los hechos de [la] denuncia se deduce que los actos de imitación realizados por Blanca Cecilia Suárez de Aponte escapan a cualquier tipo de ‘respuesta natural del mercado’ por el contrario, demuestran la deslealtad de la denunciada que pretende generar en los consumidores la idea de una identidad o alta similitud entre [los] productos [de la demandada] y los de la denunciante” (fls. 29 y 30 c.1.)

El artículo 14 de la Ley 256 de 1996 al establecer que “[l]a imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley”, fija como principio general la libertad de imitación, dejando a salvo la tutela de otros derechos como por ejemplo, los derechos de exclusividad reconocidos por la ley sobre ciertas prestaciones o iniciativas empresariales.

No obstante la libertad planteada en el inciso transcrito, el referido artículo 14 plantea 4 hipótesis de deslealtad las cuales tienen como elemento o acción común la imitación, al tiempo que contempla dos situaciones exceptivas frente a la realización de ciertos actos de imitación.²⁴ Señala el artículo:

“No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de

24 No son considerados actos de imitación: 1) La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas privadas que no están amparadas por la ley, es decir, sobre las cuales no existe un derecho reconocido a un titular, o la imitación que se hace sin que converjan los demás requisitos que plantea el artículo 14. 2) Cuando a partir de la imitación autorizada se presentan de manera inevitable, riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena.

la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

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

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

De acuerdo con lo anterior, la primera hipótesis de deslealtad se caracteriza por la realización de un **acto de imitación**, en el cual la imitación se realiza sobre prestaciones o iniciativas empresariales ajenas que se encuentran amparadas por ley.

Una segunda posibilidad se presenta cuando la **imitación exacta y minuciosa** de las **prestaciones de un tercero, genera confusión** respecto de la procedencia empresarial de la prestación.

El tercer supuesto parte de la base de que la **imitación exacta y minuciosa** de las **prestaciones de un tercero** comporta un **aprovechamiento indebido de la reputación de otro**.

Por último, la cuarta hipótesis de deslealtad se presenta cuando **sistemáticamente se imitan las prestaciones o iniciativas empresariales de un competidor**, siendo esa una estrategia dirigida a **impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y** la estrategia implementada **no puede reputarse como una respuesta natural del mercado**.

Vistas las anteriores hipótesis de deslealtad por imitación, es del caso aproximarse a una definición de “imitar”, elemento común y básico a todos los supuestos planteados. “Imitar” se define como la acción de “*ejecutar una cosa a ejemplo y semejanza de otra*”²⁵.

Esta acción tiene diferentes matices en la medida en que su ejecución se encuentra condicionada a ciertos grados o intensidades que habilitan o no la configuración de la conducta.

Así, el artículo condiciona la imitación, en algunos casos, a la exactitud y minuciosidad en su ejecución, entendiéndose por **exacto**, lo “*puntual, fiel y caba*”²⁶ y por **minucioso** lo que “*se detiene en las cosas más pequeñas*”²⁷.

Ahora bien, cuando el artículo 14 se refiere a que la imitación sea **sistemática**, tal exigencia implica que la acción de imitar se haga en forma reiterada, continua, repetitiva, constante, haciendo énfasis en una característica adicional, fundada en la frecuencia e intensidad con la que la imitación se produce.²⁸ Bajo esta noción, la imitación sistemática se entiende como el conjunto de imitaciones que ordenadamente y relacionadas entre sí, contribuyen a obstaculizar o impedir la afirmación en el mercado de una empresa

25 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992.

²⁶Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992.

²⁷Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992

²⁸ De acuerdo con el Diccionario de la Real Lengua Española, la noción de sistema se refiere a: “*Conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto.*”

competidora y sobrepasan la respuesta natural del mercado.

Conforme a lo expuesto, puede señalarse que en el contexto de la imitación sistemática que plantea la Ley de Competencia Desleal, ésta no sólo se presenta cuando se aprecia en la prestación o en la iniciativa mercantil un alto grado de similitud frente a las cualidades o características de la prestación o iniciativa que sirve de referente, sino también cuando la imitación, en vez de detenerse exclusivamente en tales características, se realiza con una intensidad o frecuencia marcada, que la hace, siempre y cuando se verifiquen los demás elementos que contiene la conducta, susceptible de ser reprimible por competencia desleal.

Así pues, no cualquier imitación puede calificarse como desleal, pues no bastará que se realice el acto de imitación, sino que dicha imitación debe comportar algunos grados de perfeccionamiento o cierta intensidad, los cuales, como se señaló, sumados a la verificación de otras circunstancias, tales como que la imitación desplegada (exacta y minuciosa o sistemática) provoque adicionalmente confusión o aprovechamiento de la reputación ajena, o se encamine a obstaculizar la afirmación del competidor en el mercado, o exceda lo que según las circunstancias pueda reputarse como una respuesta natural del mercado, permitan concluir que en un caso determinado, existe competencia desleal.

En el caso concreto, el análisis del artículo 14 de la Ley 256 de 1996, como lo advierte la parte actora, está basado en los hechos descritos en la demanda los cuales fueron abordados puntualmente al referirnos a los actos de confusión y sobre los que no fue posible, por carencia probatoria, precisar extremos temporales que definieran, principalmente, quién había salido primero al mercado con un empaque o diseño y quién había procedido a su copia.

En el caso de los actos de imitación no es menos cierto que la precisión de esos extremos temporales es imprescindible, porque si imitar consiste en la ejecución de una cosa a ejemplo y semejanza de otra²⁹, se hace absolutamente necesario definir el sujeto que innovó o salió al mercado, por ejemplo, con un diseño de un empaque y quién fue el sujeto imitador.

No habiendo sido precisas las pruebas en torno a este aspecto, no es posible determinar si la imitación fue exacta y minuciosa o si como lo indica la demandante la misma fue servil o sistemática. Así pues, pierde interés para el fallador proseguir con el análisis subsiguiente de deslealtad que adicionalmente implica conforme a la explicación precedente (en el caso de la imitación sistemática aducida por la demandante) verificar que tal imitación corresponda a la realización sucesiva de imitaciones³⁰ con algún tipo de relación entre sí, que esa sucesión de imitaciones esté dirigida a obstaculizar el desarrollo empresarial del competidor y, finalmente, que esas actuaciones excedan el comportamiento normal del mercado³¹.

29 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992.

30 El objeto de la imitación sistemática deben ser las iniciativas y prestaciones mercantiles que correspondan a uno o varios sectores de la actividad de la empresa y que sean novedosas, v.g. sistemas de trabajo, técnicas de comercialización, estrategias de mercadeo, ideas con cierto grado de originalidad y métodos novedosos, etc.

31 *“En efecto, si las investigaciones efectuadas en el campo de la imitación obstruccionista han arrojado resultados desfavorables para las empresas de gran tamaño, no puede imponerse como presupuesto de la*

Con base en lo anterior, se concluye que la señora Blanca Cecilia Suárez de Aponte no incurrió en los actos de imitación descritos en el artículo 14 de la Ley 256 de 1996.

4.4. Explotación de la reputación ajena.

El artículo 15 de la ley 256 de 1996, considera *desleal (...) el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*

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

Uno de los principios básicos que inspira la legislación sobre competencia desleal, consiste en que los participantes en el mercado se apoyen en su propio esfuerzo para captar una clientela y no en el esfuerzo que un competidor ha implementado.

Así, la Ley 256 de 1996 establece en el inciso primero del artículo 15, el principio general según el cual, se considera desleal que una persona se aproveche en beneficio propio o de un tercero de la reputación que otra persona se ha esforzado en generar para sí, y presume, en el inciso segundo, que tal aprovechamiento se presenta cuando se utilizan signos distintivos de terceros.

Como consecuencia de lo anterior, si la conducta cuestionada consiste en la utilización sin autorización de un signo distintivo ajeno, el accionante, quien deberá ser el titular del signo o un licenciatario del mismo, simplemente tendrá que probar que no autorizó al accionado para utilizar el signo, mientras que si el cuestionamiento proviene de actuaciones diferentes de la utilización de signos distintivos, el accionante deberá probar que tiene una reputación en el mercado y que el accionado aprovechó para sí esa reputación.

Es de anotar que en el supuesto de utilización sin autorización de signos distintivos ajenos, la presunción que trae la norma es una presunción de hecho, por lo cual la misma es desvirtuable por el accionado, demostrando que sí contaba con autorización, que el signo que utilizó no es igual al del accionante, o que el mismo no goza de reputación, desvirtuando en este último caso el hecho presumido.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que pueden existir casos en que se incurre al mismo tiempo en aprovechamiento de la reputación ajena y en confusión, particularmente cuando se utilizan signos distintivos ajenos, y que también es posible que el

norma, en cuanto a los sujetos, (activo y pasivo) que el primero es siempre una empresa de gran tamaño; y el segundo, una mediana o pequeña. Siempre será necesario efectuar el análisis riguroso de la situación fáctica, de las circunstancias que acompañan las conductas que configuran la imitación, a fin de poder establecer si tienen la fuerza obstaculizadora, pues no puede olvidarse que la imitación es libre; y sólo cuando "la estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculizar" puede calificarse como desleal." Delio Gómez Leyva, De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica, Cámara de Comercio de Bogotá, p. 389.

aprovechamiento de la reputación ajena se presente sin que necesariamente se genere confusión en el mercado, como cuando una persona busca transmitirle a los consumidores su propia identidad, evitando la confusión, pero al mismo tiempo genera una vinculación con otra persona, para aprovechar parasitariamente los beneficios que la otra persona, marca o empresa, proyecta en el público.

En caso particular, señala la demandante que el aprovechamiento de la reputación de su poderdante es el objetivo natural de las conductas realizadas por Blanca Cecilia Suárez de Aponte, precisando que le son aplicables a estos actos **todo lo dicho en cuanto a la confusión**, desviación de clientela e **imitación**, pues todo ello desemboca en el ánimo de explotar indebidamente la reputación que tiene María Elisa Camacho en el mercado de los chocolates.

Según sus fundamentos, “ *de otra forma no se explica el hecho de que la denunciada **haya copiado reiteradamente los diseños de los productos de María Elisa Chocolatier**, ni sus actos dirigidos a crear confusión en el público entre sus productos y los de [su] poderdante. La denunciada busca crear entre los consumidores la idea de una identidad entre sus chocolates y los de la denunciante, con el fin de acaparar su clientela en forma desleal*”. (negrilla fuera del texto).

De la lectura de la demanda, se concluye que las acusaciones de la demandante se circunscriben al aprovechamiento de la reputación comercial adquirida por María Elisa Camacho en el mercado, partiendo de la supuesta imitación que Blanca Cecilia Suárez de Aponte hiciera de las iniciativas comerciales de su representada, las que califica de exitosas, precisando que si no fueran exitosas ningún competidor copiaría los diseños o iniciativas del otro comerciante.

Manifiesta que Blanca Cecilia Suárez de Aponte **no hubiera imitado sistemáticamente** las iniciativas de María Elisa Camacho si sus productos tuvieran mala reputación o no fueran exitosos. (fl. 32. c1).

Con base en lo anterior, se tiene que los actos de imitación no se hallaron comprobados, y se reitera que los extremos necesarios para determinar la veracidad de los hechos descritos en la demanda no lograron precisarse del acervo probatorio. De esta suerte, la explotación de la reputación ajena y la verificación de la existencia de los elementos definidores de la conducta tales como la existencia de la reputación de la demandante en el mercado pierden todo mérito, pues si la “*inducción al público a confusión y la imitación de los diseños utilizados por los chocolates de María Elisa Chocolatier*” (fl. 32 c.1.) no se pudo comprobar, no interesa al Despacho precisar si en efecto existía reputación, éxito o reconocimiento en el mercado de los productos María Elisa Chocolatier.

Ahora bien, en gracia de discusión y para efectos de agotar el análisis completo de los supuestos de hecho que conforman la norma bajo estudio, se tiene que la presunción contenida en el segundo inciso del artículo 15 no se activó, si se tiene en cuenta que la accionante no comprobó lo que estaba llamada a comprobar a efectos de que la presunción de deslealtad operara como era el derecho que poseía sobre un signo distintivo y el uso por parte de la demandada de un signo, como el registrado o usado con legítimo derecho por parte de la demandante.

En todo caso, la demandada para desvirtuar la presunción comprobó tener derechos reconocidos sobre la marca mixta NAYARITH (fls. 133 c.1) para distinguir chocolates y

chocolatinas comprendidos en la clase 30 de la Clasificación internacional de Niza por un término de 10 años a partir de la fecha de concesión según certificado de registro 169457 de octubre 31 de 1994, cuyo modelo adjunto consiste en un moño con cinta dorada y una caja de color rojo (fl 134. c.1).

4.5. Prohibición general y Desviación de clientela

Como se advirtió al inicio de esta sentencia, la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino solamente **la utilización de medios indebidos para competir.**

El análisis que antecede a este acápite llevó a la conclusión de que ninguno de los hechos relatados se halló probado, toda vez que los actos desplegados por la parte demandada no pudieron ser valorados como desleales. La parte demandante no pudo a lo largo del trámite demostrar la veracidad de las afirmaciones contenidas en los hechos, de allí que los actos desplegados por la demandada se presumen acordes con el principio de la buena fe comercial y con el obrar honesto que debe imperar en el mercado.

En cuanto a la desviación de clientela, la accionante indicó que Blanca Cecilia Suárez de Aponte pretendió desviar la clientela en forma desleal mediante la imitación sistemática de las prestaciones mercantiles, la inducción al público consumidor a confusión respecto del origen de los productos y el aprovechamiento de la reputación que tienen los productos Maria Elisa Chocolatier.

Manifiesta que *“el objetivo buscado por la denunciante mediante los actos descritos en el capítulo de hechos (...) consiste en acaparar la clientela que se dirige a los estantes de productos de chocolate en busca de trufas de María Elisa Camacho Arango, utilizando medios desleales, haciendo que los consumidores incurran en error y adquieran sus productos Nayarith y no los que realmente buscaban.* (fl. 25 c.1).

En el presente caso la imitación sistemática de las prestaciones mercantiles, la inducción al público consumidor a confusión respecto del origen de los productos y el aprovechamiento de la reputación de otro no quedaron demostrados por las razones expuestas a lo largo de esta sentencia, por lo cual, no es posible con base en ellas determinar la existencia de actos de desviación de la clientela.

No obstante la consecuencia lógica derivada del análisis anterior y más allá de que los supuestos normativos de confusión y aprovechamiento de la reputación ajena no se hayan verificado, existe una razón adicional que coincide con el resto de las consideraciones que motivan este fallo, como es el hecho de que el estudio de la lealtad no haya podido ser abordado en la medida en que los elementos que conformaron los hechos descritos por la demandante no fueron comprobados.

En suma, proceder a considerar si hubo o no pérdida de clientela por parte de la demandante o si la posible pérdida de la clientela habría obedecido a la utilización por parte de la demandada de medios ilegítimos en un mercado competitivo, no es menester.

En mérito de lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales otorgadas por la Ley 446 de 1998, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que la demandada, señora BLANCA CECILIA SUÁREZ DE APONTE no incurrió en los actos de competencia desleal descritos en los artículos 7,8,10,14 y 15 de la Ley 256 de 1996.

SEGUNDO: En consecuencia, declarar infundadas las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Dadas las resultas del proceso, se ordena condenar en costas a la parte demandante.

CUARTO: Notificar la presente sentencia con base en lo dispuesto por el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los

El Superintendente de Industria y Comercio,

JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificaciones

Parte demandante:

Doctor

FERNANDO TRIANA SOTO

C.C. No. 79.154.036 de Usaquén

T.P No. 45.265 del C.S.J.

Calle 93 B No 12-48 of. 204

Bogotá

Parte demandada:

Doctor

PEDRO MARTÍN QUIÑONEZ MÄCHLER

C.C. No. 17.181.745 de Bogotá

T.P No 24.553 del C.S.J.

Calle 30 A No 6-22 of 2901

Bogotá

JJK/cmmn

