



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 26112 DE 2003

(15 SET. 2003)

Expediente No. 02078304

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las contenidas en el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992 y 50 del Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante escrito radicado bajo el número el número 02078304-00010037 del catorce (14) de julio de dos mil tres (2003), la doctora Adriana López Martínez, en su condición de apoderada de la sociedad CHICLE ADAMS S.A., en adelante Chicle Adams, interpuso oportunamente recurso de reposición contra la Resolución número 16187 de fecha once (11) de junio de dos mil tres (2003).

SEGUNDO: Que la impugnante sustenta su recurso en los siguientes términos:

"I. PETICION

Solicito al Honorable Despacho **REVOCAR** en su totalidad la Resolución recurrida, y en su lugar abstenerse de decretar las medidas cautelares en la forma que fueron solicitadas por la denunciante con base en los fundamentos que se exponen mas adelante.

"II. ANTECEDENTES

- "1. El 3 de septiembre de 2002, CONFITECA y CONFITECOL, presentaron denuncia por competencia desleal, ante la Superintendencia de Industria y Comercio en adelante "SIC", para que en uso de las facultades jurisdiccionales dicha entidad declarara que ADAMS era responsable de haber incurrido en conductas constitutivas de competencia desleal previstas en la Ley 256 de 1996, específicamente de haber cometido actos de desviación de clientela, actos de confusión, y actos de imitación, a través de la comercialización de su producto chicle CLARKS presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada. (sic)
- "2. Mediante Resolución número 37430 de noviembre 26 de 2002, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó a ADAMS medidas cautelares, todas ellas relacionadas con su producto chicle CLARKS presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada.
- "3. Mediante comunicación de fecha 16 de abril de 2003, mi representada informó a la SIC el cumplimiento a lo resuelto mediante la Resolución número 37430 de fecha 26 de noviembre de 2002. En efecto, se allegaron pruebas sobre el proceso de destrucción del inventario existente del

producto y empaques de la goma de mascar CLARKS presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul, tal y como había sido ordenado por dicha entidad. Así mismo, se verificó y constató que no había material publicitario para el producto CLARKS presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada.

- "4. Desde la realización del proceso de destrucción ADAMS, no ha fabricado, almacenado, comercializado o utilizado el producto, ni el material de empaque, incluyendo etiquetas, material impreso o de publicidad del producto Goma de mascar CLARKS, presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada, en estricto cumplimiento de lo ordenado mediante la resolución No.37430 de fecha 26 de noviembre de 2002.
- "5. Pese a lo anterior, mediante Auto de fecha 16 de mayo de 2003, ese Despacho, requiere a mi representada, con el fin de que informe la manera en que dio cumplimiento a lo resuelto mediante la decisión de fecha 26 de noviembre de 2002, requerimiento al cual dio mi representada contestación oportuna, adjuntando copia sin anexos con el respectivo sello de radicado del escrito presentado el pasado 16 de abril de 2003, a través del cual ADAMS dio cumplimiento dentro del término a lo resuelto por esa Entidad mediante la Resolución número 37430 de fecha 26 de noviembre de 2002, y en donde consta que se adjuntaron 57 folios, mediante los cuales se evidenció el cumplimiento de todas y cada una de las medidas cautelares ordenadas, todas ellas relacionadas, repito con CLARKS, presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul.
- "6. Posteriormente, mediante resolución No.16187, de fecha 11 de junio de 2003, aquí recurrida, consideró dicha entidad que de las nuevas pruebas allegadas por el apoderado de la denunciante se podía evidenciar que la nueva presentación de CLARKS sigue constituyendo inminente peligro de confusión y que la garantía bancaria presentada para las anteriores medidas cautelares cubre los perjuicios que pudieren presentarse con la práctica de estas nuevas cautelares.
- "7. Por lo tanto ordenaron a mi representada cesar la fabricación, oferta, almacenamiento, comercialización del producto CLARKS, presentación Pillow Pack de dos pastillas con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules con la marca indicada, o con cualquier otra presentación que pueda presentar un riesgo de confusión con el producto TUMIX "Pillow Pack" de dos pastillas de las denunciadas, prohibir la fabricación, almacenamiento o utilización de material publicitario, impreso, etiquetas, actividades de promoción del producto CLARKS referido, y retirar el material publicitario de dicho producto.

Los apartes subrayados evidencian las ilegalidad de las medidas cautelares decretadas, y es por esto que se solicita a dicha entidad revocar la resolución No.16187, de fecha 11 de junio de 2003, aquí recurrida, i) no solo porque las medidas cautelares solicitadas no guardan ninguna relación con la demanda a la cual acceden, constituyéndose dichas medidas en una clara vía de hecho, ii) sino que en todo caso no se dan los requisitos exigidos por la ley 256 de 1996 para el decreto de medidas cautelares que profirió dicha entidad. Lo anterior, con base en los siguientes:

"III. FUNDAMENTOS

"A. Ilegalidad de las medidas cautelares decretadas por dicha entidad, y violación del debido proceso de mi representada.

"Con el decreto de las medidas cautelares contenidas en la resolución No.16187 del 11 de junio de 2003, desconoce dicha entidad la naturaleza y característica esencial y fundamental de una medida cautelar, cual es la de ser accesoria, y taxativa, constituyéndose su decreto en una violación al debido proceso y derecho de defensa de mi representada y en una clara vía de hecho. En efecto:

"I) LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU FINALIDAD DENTRO DE CUALQUIER PROCESO.

"Las medidas cautelares, pueden ser definidas como providencias que de oficio o a petición de parte, puede adoptar el juez en relación con personas, pruebas o bienes que puedan resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del proceso, y se caracterizan por ser provisionales y porque buscan asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada, y lo que es mas importantes, son instrumentales o accesorias, es decir que deben guardar una íntima relación con el derecho controvertido.

"En este sentido, las medidas cautelares responden al mandato constitucional a través del cual se busca el acceso a una administración de justicia diligente y eficaz (artículo 228 de la Constitución Política Nacional), es decir, que a través de las mismas, se busca evitar que al momento de ser definida la controversia que se le plantea al juez, la misma resulte inocua en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutada.

"Sobre este particular, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

'Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso.' (Negrillas y Subrayado fuera del texto)

"Lo anterior significa, que las medidas cautelares adoptadas dentro de cualquier proceso, si bien buscan proteger preventivamente a quien acude al juez para reclamar un derecho, con el fin de que la decisión que se adopte en relación con el derecho que se debate pueda ser materialmente ejecutada deben recaer precisamente sobre los aspectos denunciados o demandados, es decir sobre los derechos controvertidos dentro del proceso al cual acceden. Resultaría absolutamente contradictorio, desproporcionado e ilegal, decretar medidas cautelares mediante la afectación de derechos que no se están siendo controvertidos o que no hacen parte o guardan relación íntima con lo hechos de la denuncia o demanda que dio lugar al decreto de las medidas cautelares.

"De esta forma, si bien es necesario que existan las medidas cautelares como mecanismos tendientes a asegurar la efectividad de las decisiones judiciales que le son favorables a la parte demandante o denunciante, también es cierto que dichas medidas deben cumplir con una serie de requisitos, que aseguren el derecho al debido proceso ya la defensa de la persona contra quien se ejecutan las mismas, con el fin de garantizar la igualdad procesal de ambas partes dentro del proceso.

"En este sentido, la Corte Constitucional, estableció que, *'...Sin embargo, el Legislador, aunque goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, el actor tiene razón en que los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio. Existe pues una tensión entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares, que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales, y el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso. Precisamente por esa tensión es que, como bien lo señala uno de los intervinientes, la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisito ser cumplidos para que se pueda decretar una medida cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y*

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2000, M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 4 de mayo de 2000.

proporcionados...² (Negrillas y Subrayado fuera del texto)

"Tales requisitos, han sido ampliamente determinados por nuestra doctrina, tal y como se verá a continuación, y a partir de lo cual se evidenciará que las medidas cautelares decretadas mediante la resolución recurrida, son ilegales por cuanto no cumplen con los requisitos o características generales que deben tener las medidas cautelares para poder ser decretadas, así como tampoco con los requisitos que la propia ley 256 de 1996, dispone para su decreto dentro de los procesos por competencia desleal, convirtiéndose su decreto en la violación al debido proceso y derecho de defensa de mi representada, tal y como se señaló por la Corte Constitucional.

"ii. Requisitos para poder decretar una medida cautelar.

"Tal y como se mencionó, doctrinaria y jurisprudencialmente se han definido las características que deben ostentar las medidas cautelares para que las mismas, se consideren como legales.

"Sobre el particular, el doctrinante Dr. Hernán Fabio López, señalado como características de las medidas cautelares las siguientes:

'a) Constituyen por regla general un acto jurisdiccional por cuanto se cumple con ellas una de las funciones esenciales del proceso: asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez.

'Además, son actuaciones propias de un proceso y si este es por excelencia, acto jurisdiccional, resulta claro el carácter de las medidas cautelares, así en ocasiones su práctica no la lleve a efecto un juez sino una autoridad del orden policivo. (ciertos casos de oposición de sellos de sucesiones)

'b) Son eminentemente instrumentales. Por si mismas no tiene razón de ser. Dado su carácter asegurativo sólo se justifican cuando actúan en función de un proceso al cual acceden o accederán (el hecho de que se puedan practicar antes de iniciado un proceso no le quita la característica).

"Así mismo, respecto de la instrumentalidad de las medidas cautelares, se ha expresado que:

'Formulada por Calamandrei, la instrumentalidad es la característica vinculadora de las medidas cautelares, que las vincula a un proceso principal, al que sirven, garantizando su resultado.

'Señala Calamandrei que 'las resoluciones cautelares no son un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución ulterior definitiva a cuya fructuosidad práctica aseguran previamente'

'Las medidas cautelares son un medio a través del cual puede conseguirse que otro medio, el proceso, funcione eficazmente, es decir, que por sí solas no se obtiene un resultado definitivo.

'De todo lo anterior, es lógico deducir que las medidas cautelares solo se justifican cuando actúan en función de un proceso principal. Aunque en la legislación se establezca la posibilidad de practicar medidas cautelares antes de iniciado el proceso, no por ello pierden su carácter de instrumentales, pues la subsistencia de dicha medida dependerá de su vinculación posterior a un proceso principal.

*'Consecuencia de la instrumentalidad de la medida cautelar es que los efectos producidos por la adopción de la misma sean los adecuados para que pueda asegurar la efectividad práctica de la sentencia definitiva, pues en caso contrario se perdería la instrumentalidad. ...'*³

² Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2000, M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 4 de mayo de 2000.

³ LÓPEZ Martínez Adriana, "La acción de Competencia Desleal como mecanismo de protección a la propiedad Industrial y en especial del Régimen de medidas Cautelares". Universidad Externado de Colombia, 1997.

'c) Como consecuencia de lo anterior, son provisionales y como máximo **perdurarán lo que subsista el proceso al cual acceden. Terminado éste, la medida necesariamente deja de tener efecto** y sólo en casos taxativamente determinados por el legislador se permite que una medida cautelar que ha surtido efectos dentro de un proceso pueda continuar vigente en otro, tal y como acontece con el embargo y secuestro dentro del proceso de restitución de tenencia por arrendamiento que puede cumplir sus fines en el ejecutivo subsiguiente, o con el secuestro en la diligencia de entrega que puede mantenerse dentro del reivindicatorio o posesorio que se adelantará cuando triunfa la oposición de un tercero....⁴ (Negrillas fuera del texto)

"d) Por último es necesario que estén precedidas de una caución: Con ella se busca contrarrestar la gravedad que supone la adopción de una medida cautelar garantizando al sujeto pasivo de lose (sic) eventuales daños y perjuicios por la realización de la medida.

"Por su parte, la Corte Constitucional, ha señalado lo siguiente en relación con las características y fines de las medidas cautelares que:

'En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

'Las medidas cautelares a veces asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos⁵ (vgr. separación de bienes, protección policiva a la posesión de hecho, etc.), cuando ellas constituyen precisamente la finalidad o el objetivo del mismo. Pero también, y ésta es la generalidad de los casos, dichas medidas son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo, o en materia penal con el embargo y secuestro de bienes del imputado (C.P.P. art. 52).

'Igualmente las medidas cautelares son también provisionales o contingentes, en la medida de que son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de una contragarantía por el sujeto afectado y, desde luego, cuando el derecho en discusión no se materializa. Naturalmente, las medidas se mantienen mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición....

'... No sobra destacar, finalmente, que las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aún cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo.'⁶ (Negrillas fuera del texto)

"Así mismo, en Sentencia C-925 de 1999, con ponencia del Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, la misma Corporación señaló que:

'Sobre el particular, cabe señalar que las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin.

⁴ BLANCO López Hemán Fabio, "Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano", Tomo I, Parte general, Séptima Edición. Dupré Editores, Bogotá 1997.

⁵ Ver Echandia Devis, Tratado de Derecho Procesal civil, Parte General Tomo I, Temis, pág. 153

⁶ Corte Constitucional Sentencia C-054 de 1997, M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, 6 de febrero de 1997.

'En efecto, el plazo que normalmente ocupa el desarrollo natural de los procesos, impuesto por la necesidad de agotar en su orden las diferentes etapas que los componen, propicia la afectación de los derechos litigiosos haciendo incierta e ineficaz su protección, en cuanto que durante el trámite del mismo éstos pueden resultar afectados por factores exógenos.

*'Por ello, ante la imposibilidad real de contar con una justicia inmediata, se han implementado en la mayoría de los estatutos procesales del mundo, incluidos los colombianos, las llamadas medidas cautelares o preventivas que tienden a mantener el equilibrio procesal **ya salvaguardar la efectividad de la acción judicial**, garantizando con ello los derechos de igualdad y acceso a la administración de justicia (C.P. arts. 13 y 228); derechos que se hacen nugatorios cuando la función jurisdiccional no se muestra eficaz y protectora. Al respecto, el tratadista italiano Piero Calamandrei afirma que: "A evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por este inevitable retardo del remedio jurisdiccional (*periculum in mora*), está preordenada precisamente la actividad cautelar; la cual, mientras se esperan las providencias definitivas destinadas a hacer observar el derecho, provee a anticipar provisoriamente sus previsibles efectos....*

*'... Así, si las medidas cautelares están destinadas a salvaguardar los derechos subjetivos en disputa y, principalmente, a garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia....'*⁷
(Negrillas fuera del texto)

"iii. EL CASO CONCRETO: LAS MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS MEDIANTE LA RESOLUCIÓN QUE SE RECURRE NO CUMPLEN CON LOS REQUISITOS PROPIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y POR LO TANTO SU DECRETO VIOLA EL DEBIDO PROCESO Y SE CONSTITUYE EN UNA VIA DE HECHO.

"- Porque no son accesorias a un proceso principal

"De conformidad con la extensa jurisprudencia y doctrina existente sobre el tema, es posible concluir que bajo ninguna circunstancia, es posible decretar medidas cautelares, que no accedan al derecho que se debate dentro de cualquier proceso, tal y como ocurrió en el presente caso.

"Efectivamente, en la denuncia impetrada por CONFITECA Y CONFITECOL, y que se tramita actualmente en esa entidad, se alegó que ADAMS había incurrido en conductas constitutivas de competencia desleal previstas en la Ley 256 de 1996, específicamente de haber cometido actos de desviación de clientela, actos de confusión, y actos de imitación, en virtud del lanzamiento y comercialización del empaque del producto chicle CLARKS presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas, **con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada.**

"Tan cierto es lo anterior, que esa entidad profirió la Resolución número 37430 de noviembre 26 de 2002, a través de la cual se ordenaron medidas cautelares sobre el empaque del producto CLARKS presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas, **con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada.**

"Tal y como se indicó, ADAMS dio cabal cumplimiento a la orden impartida por la SIC, pese a lo cual se expidió la Resolución que hoy se recurre, sin fundamento alguno, teniendo en cuenta que la misma hace referencia al empaque **con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules con la marca indicada, o con cualquier otra presentación que pueda representar un riesgo de confusión con el producto chicle TUMIX.**

"Hasta la fecha el mencionado empaque no ha sido objeto de denuncia por competencia desleal por parte de CONFITECA y CONFITECOL, ni tampoco la denuncia existente fue reformada con el fin de

⁷ Piero Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil, volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América (Buenos Aires, Argentina) pág. 157.

relacionar como nuevo hecho la existencia del nuevo empaque, que según dicha entidad es también confundible con el actual empaque de TUMIX.

"No se entiende entonces, como el señor apoderado de las denunciadas dentro del proceso de la referencia, informa y afirma un hecho falso como el que ADAMS **desacató** la orden impartida, solicitando que se cumpla de inmediato con las medidas cautelares decretadas por ese despacho mediante Resolución 37430 de fecha 26 de noviembre de 2002.

"Más inexplicable resulta aún que la SIC haya desconocido el cumplimiento de las medidas decretadas, en relación con el producto chicle CLARKS, presentación "pillow Pack" de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada, empaque que se repite, produjo la denuncia que actualmente cursa ante esa Entidad.

"Pareciera entonces, que el señor apoderado de las denunciadas no hace diferencia alguna entre el empaque que fue objeto de la denuncia, identificado por el mismo como "con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada" y el nuevo empaque identificado "con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules con la marca indicada", el cual no ha sido objeto de denuncia por parte de CONFITECA y CONFITECOL, siendo que es un nuevo empaque y sobre el cual sin embargo se decretan unas medidas cautelares que por lo tanto no acceden a ningún proceso en el cual se esté debatiendo la ilegalidad del mismo.

"Si se observa con detenimiento la denuncia, en ningún aparte se hace referencia al empaque nuevo de CLARKS, en donde el recuadro ya no es azul sino blanco, no pudiendo arbitrariamente dicha superintendencia adecuar las medidas a unos hechos que no son materia ni debate dentro del proceso principal.

"El actual empaque de CLARKS, es decir con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco, es diferente al empaque por el cual se instauró la denuncia, luego las medidas cautelares sobre este último empaque son ilegales pues no son accesorias a hechos ni pretensiones de un proceso principal. En efecto, el cambio de un color en el empaque, es un cambio fundamental y esencial dentro del contexto mismo de su presentación, hecho que no puede pasarse desapercibido, y mucho menos hacer extensivas unas medidas a un empaque sustancialmente diferente.

"Teniendo en cuenta lo anterior, y el hecho de que las medidas cautelares no responden ni acceden a un derecho debatido dentro de un proceso determinado, no podía ese Despacho, dar trámite a la solicitud hecha por el apoderado de las denunciadas bajo el argumento según el cual las medidas cautelares decretadas mediante Resolución 37430 "no fueron eficaces", pues se reitera, que las mismas fueron cumplidas, y a través de las mismas, se protegieron de manera provisional, los derechos que se debaten dentro del proceso, relativos a los actos de competencia desleal que alegan las denunciadas fueron ejecutados por representada con el empaque del producto Chicle presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas con los amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada.

"Lo anterior, encuentra mayor fundamento si se tiene en cuenta que el apoderado de las denunciadas, contaba y cuenta con los mecanismos procesales necesarios para ampliar el espectro de su denuncia, lo cual le impide hacer una solicitud contraria a derecho y a esa entidad aceptarla sin hacer un análisis detallado de las cautelas solicitadas.

"En conclusión, resulta a todas luces ilegal el decreto de medidas cautelares sobre el empaque del producto Chicle CLARKS presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules con la marca indicada, o con cualquier otra presentación que pueda representar un riesgo de confusión con el producto chicle TUMIX que comercializan las denunciadas, por tratarse de medidas cautelares que recaen sobre un objeto que no accede a ningún proceso en curso.

"- Porque de todas maneras no se prestó la caución que lo ordena la Ley 256 de 1996 para

poderse decretar las medidas cautelares.

"En todo caso, y lo que hace aún mas ilegal la medida, se centra en el hecho de que dicha entidad no exigió a la denunciante prestar una nueva caución para unas cautelas totalmente nuevas y por hecho totalmente diferentes.

"En efecto, si las cautelas están hechas para cumplirse, pues es lógico que el cálculo de la suma por la cual debía prestarse la caución, se hace sobre esa base, y no sobre la base de hechos futuros ajenos a la denuncia y que pueden implicar perjuicios enormes, totalmente desprotegidos y una responsabilidad del funcionario que decretó las cautelas sin la contraprestación adecuada.

"- Porque las medidas cautelares no pueden decretarse de manera indiscriminada.

"La ilegalidad en el decreto de las medidas cautelares se refuerza aún mas en el hecho de que la superintendencia no solo haya hecho recaer las medidas sobre un empaque diferente al objeto de la denuncia (sic), **sino sobre cualquier empaque similar, lo cual constituye a todas luces un exabrupto que genera una inseguridad jurídica.**

"En efecto, toda medida debe tener su correspondencia con un hecho claro y cierto, no se entiende cómo puede de manera indiscriminada decretarse un medida que abarque otros empaque confundidamente similares. Quién decide que es confundiblemente similar? El riesgo jurídico que se genera con una decisión de este tipo es inmensa pues lo que para alguien puede no se confundiblemente similar para otro si lo puede ser. Es por eso que una medida solo puede ser decretada por una autoridad competente y preciso el análisis de los fundamentos legales que motiven la decisión en el decreto de una cautela.

"B. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

"De conformidad con el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, para que procedan las medidas cautelares sin oír a la parte contraria es necesario que se de cumplimiento a 3 requisitos:

- "1. Que la realización o la inminencia del acto de competencia desleal se encuentre comprobada;
- "2. Que el peligro que se pretenda evitar sea inminente;
- "3. Que este último revista de gravedad.

"De conformidad con lo anterior, se procederá a demostrar, de que forma en el presente caso, no se cumple ninguno de los requisitos exigidos.

"1. Comprobación de la realización o la inminencia del acto de competencia desleal.

"Lo anterior significa, que para que procedan las medidas cautelares, es necesario que la realización o la inminencia del acto de competencia desleal se encuentre comprobada mediante la correspondencia con los hechos en que se fundamenta la respectiva denuncia o con algunas de las conductas descritas en la Ley 256 de 1996.

"En el presente caso, tal y como se evidenció, las medidas cautelares decretadas no tienen correspondencia alguna con ninguna denuncia que se haya presentado con respecto al empaque sobre las cuales versa, y adicionalmente tampoco tienen correspondencia con los actos de confusión regulados por el artículo 10 de la Ley 256 de 1996, es decir que la inminencia del acto de competencia desleal, en ningún caso se encuentra demostrada.

"En efecto, el nuevo empaque lanzado por ADAMS para su producto CLARKS e identificado con la

presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules, es totalmente diferente del empaque del producto TUMIX "Pillow Pack" de 2 pastillas en sus 3 presentaciones (el identificado con los colores amarillo de fondo y recuadro azul, el identificado con los colores plateado de fondo y recuadro azul de fondo con letras blancas y el identificado con el color blanco de fondo y recuadro verde con letras azules) y en todo caso, el mismo no tuvo como objeto o como efecto generar confusión.

"Adicionalmente es importante tener en cuenta que el mercado relevante en este caso, es el de CONFITERÍA, el cual incluye entre otros, productos, la goma de mascar en todas sus presentaciones.

"Efectivamente, el mercado relevante se define como el ámbito en el cual se agrupan los productos y servicios que pueden sustituirse entre sí tomando en consideración precio, es decir su igualdad económica, y con en características de los productos, su localización geográfica y la oportunidad para acceder a los mismos.

"En consecuencia, el mercado relevante en este caso es el de la confitería el cual se compone de productos que compiten entre sí, a saber: Dulces, Bombones, Mentas, Refrescantes, Gomas de Mascar, de bomba o refrescantes, Gomitas, Dulces blandos masticables. Este mercado se ha definido así por cuanto todos estos productos son sustitutos entre sí en razón de su precio y las necesidades que satisfacen a los consumidores (uso) como son por ejemplo, la gratificación, refrescar el aliento, sabor, etc. Se reitera entonces, que se trata de productos que el consumidor puede sustituir entre sí, es decir que si falta alguno, el consumidor lo puede sustituir por otro, toda vez que cualquiera de los productos satisface las mismas necesidades.

"En este sentido, se adjunta como ANEXO No.1, un estudio de Mercado elaborado por la firma ACNielsen, sobre el mercado relevante en este caso, es decir el de la confitería, del cual se puede concluir que ADAMS no tiene una la mayor participación dentro de dicho mercado.

"De otra parte, a través del informe realizado por la firma Napoleón Franco, y que se adjunta al presente escrito como ANEXO No.3, se puede probar que los productos CLARKS y TUMIX, en ningún caso son objeto de confusión por parte de los consumidores, principalmente, porque su elección está basada en la marca, es decir en la recordación de la misma, señalando que, *'En síntesis, encontramos que en el proceso de identidad del producto el elemento más potente es el respaldo de la marca'*.

"Adicionalmente, en dicho estudio, se estableció lo siguiente:

'- A través de observación fue posible determinar que principalmente el producto es pedido por el nombre de la marca (Tumix 68% y Clarks 10%) no por el nombre genérico de la categoría.

'- La mayoría de los entrevistados habían pensado en una marca antes de realizar la compra (78%), y al realizar la compra, esta planeación de marca permaneció en el 89% de los casos. El 11% restante compró otra, principalmente porque no estaba la que buscaba o por precio

"Así mismo, el estudio encontró como principales hallazgos los siguientes:

'- El consumidor encuentra elementos comunes y por supuesto similitudes entre los 3 empaques evaluados.

'- Estas similitudes pierden fuerza al comparar el empaque de Clarks fondo blanco contra el empaque de Tumix, sin embargo continúan presentes.

'- La similitud en la cual se hace más énfasis es la utilización del color amarillo, o combinación de colores.

'- Este parecido, sin embargo, no implica confusión, pues en los 3 paneles de evaluación los

productos fueron identificados correctamente por el entrevistado.

'- Es posible concluir que los elementos comunes entre los dos empaques, detectados por los entrevistados, no modifican el comportamiento final de compra.

'- Esta afirmación se sustenta en los resultados obtenidos tras realizar la observación y entrevista en el punto de compra, ya que al momento de realizar la compra, la marca previamente planeada no cambia, a pesar de estímulos de la exhibición.

'- Adicionalmente la intención de compra en la fase de evaluación de empaques, guarda relación con las preferencias actuales de marca habitual de los entrevistados, aún después de estar expuestos a los estímulos de los empaques. (sic)

'El consumidor observa decide, pide y exige

'El consumidor actual, es un consumidor experto, que en este caso parece comportarse a través de una (sic) acto razonado correspondiente a una previsión de los usos y consumos regulares.

'Tiene la información, conoce los productos y busca la mejor relación costo-beneficio posible.

'El haber encontrado en la observación realizada, que en la mayoría de los casos el producto es pedido como 'Tumix', indica que específicamente este es el producto buscado.

'Esto supone que al recibir uno diferente el consumidor exigiría el producto solicitado'. (Negrillas y subrayado fuera del texto)

"Finalmente, el estudio concluye lo siguiente:

'- El consumidor es consciente del parecido e identifica los elementos comunes en los tres empaques.

'- El parecido proviene principalmente del tipo de empaque y el color amarillo, el cual es un código de la categoría y la mezcla con azul utilizado por las dos marcas.

'- A pesar de los elementos en común, el comportamiento de compra es dirigido y racional, y el acto final de compra se ajusta a las intenciones y hábitos reportados por los consumidores.

'- En estas condiciones, la modificación del comportamiento de compra de los consumidores, depende más de las estrategias y acciones de mercadeo que utilicen los jugadores en la categoría, que de los estímulos provenientes del empaque.

"En consecuencia, es evidente que no se cumple con el requisito de haberse comprobado la inminencia de la confusión, por cuanto los dos empaques no sólo son absolutamente diferenciables, sino porque se reitera que el consumidor elige el producto con base en la marca, dentro de la cual por tratarse de una marca mixta, el elemento que predomina es el denominativo, lo cual impide que se genere confusión entre la marca TUMIX y CLARKS.

"Sobre este particular, en doctrina de Aldo Cornejo se dijo lo siguiente:

'En este caso se efectuará el examen, atendiendo fundamentalmente al aspecto nominativo de las marcas. Si ellos son semejantes entonces las marcas son confundibles. Este proceder está arreglado al principio según el cual la confundibilidad hay que apreciarla con base en los elementos semejantes y no a los desemejantes. Igualmente no debe olvidarse la importancia de la palabra como elemento principal para determinar la confundibilidad o no entre las marcas en litigio.'

"Adicionalmente, es importante que esa Superintendencia tenga en cuenta que el amarillo que hace parte del empaque del producto CLARKS, es un color que ha caracterizado siempre a ADAMS en virtud

de su marca CHICLETS y de conformidad con la copia del empaque que se adjunta como ANEXO No.4, argumento adicional que demuestra que no existe confundibilidad, toda vez que el propio consumidor es quien identifica el color amarillo con la marca ADAMS. Es así como según el estudio realizado por Napoleón Franco y que se aporta como ANEXO No.3, el color amarillo es característico de la marca perteneciente a ADAMS y en el cual se señaló que *'...Originalmente en Colombia, quien introduce la asociación de 'la menta' con el color amarillo es la marca ADAMS; y luego, para productos de esta categoría, de diferentes fabricantes, se generaliza el uso de este código de color'*⁸

"En consecuencia ha sido ADAMS, quien ha logrado la identificación del color amarillo como característico de la goma de mascar con sabor a menta, lo cual resulta mucho más evidente si se toma en consideración, que el color del empaque de las demás gomas de mascar que existen en el mercado con sabor a menta es AZUL. A través de los empaques que se adjuntan como ANEXO No.2, se evidencia que es en realidad el color azul el más utilizado para identificar la goma de mascar con sabor a menta.

"En este sentido, los propios denunciados, han lanzado su producto TUMIX sabor a menta en presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas con otros empaques de conformidad con el ANEXO No.5, que se adjunta al presente escrito, en los cuales los colores predominantes son el azul y el verde y mediante los cuales se refuerza el hecho de que no es posible que exista confundibilidad entre el producto CLARKS identificado con la presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules, y el producto TUMIX identificado con la presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas con los colores plateado de fondo y recuadro azul de fondo con letras blancas de una parte y el otro empaque de TUMIX presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas identificado con el color blanco de fondo y recuadro verde con letras azules.

"En consecuencia, no existe en el presente caso la inminencia de confusión entre el producto TUMIX y el producto CLARKS identificado con la presentación "Pillow Pack" de 2 pastillas con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules, no solo porque ambos empaques son diferentes, sino porque de ninguna manera es posible alegar que se produce confusión, pues la marca TUMIX es absolutamente reconocida e identificada por el consumidor, siendo adicionalmente los empaques COMPLETAMENTE diferentes.

"2. Peligro inminente

"Tampoco se cumple en el presente caso, el requisito de existencia del peligro inminente, si se toman en las definiciones de ambos términos.

"En efecto, el peligro, hace referencia al *'Riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal'*⁹ por su parte, la inminencia, se define como aquello *'Que amenaza o esta por suceder prontamente'*¹⁰.

"Lo anterior significa, que las medidas cautelares de una parte no pueden estar sustentadas en simples expectativas o posibilidades y de la otra es necesario que exista la probabilidad de que el peligro efectivamente va a ocurrir.

"Teniendo en cuenta, que no existe ningún peligro que se pueda evitar, toda vez que no se trata de empaque que produzcan confusión, el condicionamiento de la inminencia exigido por la Ley no se encuentra cumplido.

"3. Peligro Grave

"Sobre el particular, es necesario aclarar que para que las medidas cautelares puedan decretarse de

⁸ Informe "Evaluación de Empaques en la Categoría de Gomas de Mascar" Segmento Económico. Preparado por Napoleon Franco & Cia., noviembre de 2002.

⁹ Real Academia Española, "Diccionario de la Lengua Española", Tomo II, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992.

¹⁰ Op cit

forma legal, los actos que se denuncian como desleales (los cuales se reitera, en el presente caso no han sido objeto de denuncia), deben revestir de una gravedad que genere una irreversibilidad de las consecuencias que se producirían con el caro (sic), de tal magnitud que éstas solamente se pueden evitar si en este caso la SIC no interviene para impedirlo.

"Partiendo del hecho de que el empaque objeto de las medidas cautelares no es ni siquiera similar y mucho menos confundible con el del producto TUMIX, no se genera ningún tipo de consecuencia que revista las características anteriormente mencionadas, por lo cual para el presente caso tampoco se cumple con este requisito.

"En este sentido, si para el efecto de las medidas cautelares decretadas, para el primer empaque que lanzó ADAMS de su producto CLARKS en presentación "Pillow Pack" de dos pastillas identificado con los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada, la misma no cumplía con los requisitos para poder ser decretadas, en el presente caso mucho menos pues se trata de un empaque completamente diferente, lo que da lugar a que no se cumplan los condicionamientos exigidos por la ley para el decreto de las medidas sin oír a la parte contraria.

"De conformidad con los argumentos expuestos, se solicita al despacho, REVOCAR EN SU TOTALIDAD la decisión proferida el pasado 11 de junio de 2003

TERCERO: Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo se procede a resolver el recurso interpuesto, para lo cual se considera:

3.1. Finalidad de las medidas cautelares en los procesos de competencia desleal

El inciso primero del artículo 31 de la Ley 256 de 1996 establece que, "[c]omprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes." (subrayado fuera de texto).

Como acertadamente lo afirma la recurrente, las medidas cautelares "pueden ser definidas como providencias que de oficio o a petición de parte, puede adoptar el juez en relación con personas, pruebas o bienes que puedan resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del proceso", razón por la cual son accesorias, y en tal sentido guardan una íntima relación con el derecho controvertido.

Respecto de la finalidad de las medidas cautelares, es importante tener en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en las citas que realiza la recurrente y de las cuales se resalta lo siguiente:

"... las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso."¹¹ (Negrillas y Subrayado fuera del texto)

"En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

... Igualmente las medidas cautelares son también provisionales o contingentes, en la medida de que son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2000, M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, 4 de mayo de 2000.

que el fallador puede adoptar como medida cautelar, la cesación provisional de la conducta presuntamente desleal, así como las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

3.2 Caso concreto

3.2.1. Respecto del carácter accesorio de las medidas cautelares decretadas

Sostiene la accionada, que la resolución recurrida carece de fundamento, pues las medidas cautelares ordenadas hacen referencia a empaques que no formaban parte de los hechos del proceso, y que tampoco fueron incluidos en éste, mediante una reforma a la demanda por parte de las sociedades accionantes.

Al respecto, es importante tener en cuenta lo siguiente:

- Como lo afirma la recurrente y lo comparte este Despacho, el objetivo principal de las medidas cautelares, es prevenir los perjuicios que podría sufrir el afectado como consecuencia de la permanencia y continuidad de la conducta desleal que se debate, durante el tiempo que dura el trámite del proceso. Por tal razón, la principal medida cautelar que contempla la ley, es la cesación provisional de la conducta presuntamente desleal objeto del proceso.
- En el presente proceso, uno de los supuestos de competencia desleal que reclama la actora, consiste en que la accionada estaría implementando conductas tendientes a generar confusión en el mercado, mediante la introducción de diseños en los empaques similares a los del producto Tumix. Así, en el hecho 16.1 del memorial de acción se manifiesta que, "*[e]l diseño del empaque Pillow Pack de Chicle CLARCKS que está en el mercado es sustancialmente similar (y por lo tanto, confundible) al diseño del empaque Pillow Pack de Chicle TUMIX, como se evidencia al apreciar los empaques y compararlos.*" Este hecho del proceso, es reiterado por la actora como fundamento de las medidas cautelares por ella solicitada, cuando en el capítulo correspondiente de su escrito manifiestan que "*[l]a comisión de la infracción y su inminencia se prueba con la evidente identidad sustancial entre el diseño del empaque Pillow Pack de Chicle TUMIX y el diseño del empaque Pillow Pack de Chicle CLARKS.*"
- Así las cosas, el objeto de las medidas cautelares solicitadas, fue precisamente que se ordenara la cesación provisional del acto presuntamente desleal, el cual consistía en la existencia en el mercado de empaques de Chicle Clarcks, que por ser sustancialmente similares a los de Chicle Tumix, son confundibles con éstos.
- Acorde con lo anterior y por haber encontrado el Despacho que la petición de medidas cautelares se ajustaba a lo requerido por el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, se ordenó a la accionada adoptar las medidas tendientes a cesar la conducta de confusión demandada, la cual recayó sobre los empaques que efectivamente existían en el mercado, es decir, el empaque que contenía los colores amarillo de fondo y recuadro azul con la marca indicada.
- El hecho que posteriormente la accionada haya adoptado un segundo empaque en el que simplemente invierte los colores azul y blanco del recuadro y de la marca, manteniéndose en esencia el mismo diseño, no implica que dicho empaque no forme parte de los hechos ni de los fundamentos de las cautelares solicitadas, toda vez que, como se dijo anteriormente, la conducta desleal demandada, en la que se basaron los hechos de la acción y en la que se sustentó la petición y decreto de las medidas cautelares, fue la posible confusión que se generaría por la similitud en los empaques de los productos la cual, en opinión del Despacho, se mantendría con los segundos empaques, siendo por tal razón procedente el decreto de las medidas cautelares recurridas.

Por lo tanto, contrario a la posición asumida por la apoderada recurrente, al decretar las medidas atacadas, esta Superintendencia tuvo en cuenta que la conducta desleal objeto de las mismas, emanó de la continua realización del acto de competencia desleal denunciado por las sociedades accionantes, razón por la cual no es dable afirmar que el origen de las cautelas hubiera variado hasta el punto de no formar parte del objeto del proceso.

3.2.2. Respetto de la prestación de la caución que ordena la Ley 256 de 1998 como requisito para ordenar las medidas cautelares

Señala la recurrente que esta Superintendencia no exigió a la denunciante prestar una nueva caución para decretar unas cautelas totalmente nuevas y por hechos totalmente diferentes.

En el caso de la referencia, este Despacho impuso como carga procesal a la solicitante de la medida cautelar, la constitución de una caución en cuantía de mil millones de pesos m/cte (\$1.000.000.00)¹⁵, la cual, en efecto, fue allegada a esta entidad mediante garantía bancaria número 01805902 expedida por el Banco de Bogotá, por la suma fijada, con el fin de cubrir "los perjuicios que pudieren causarse a la sociedad Chicle Adams S.A., en razón del decreto y práctica de las medidas cautelares que la Superintendencia de Industria y Comercio ordene dentro de la demanda por competencia desleal que cursa en este Despacho bajo expediente 020078304". (subrayado fuera de texto).

De esta suerte, considera esta Superintendencia que la garantía bancaria constituida por las sociedades Confiteca C.A. y Confitecol S.A., resulta suficiente para responder por los posibles daños y perjuicios que pudieran causarse a la accionada, toda vez que su objeto no se limitó a aquellos que se presentaran con ocasión de las medidas cautelares decretadas mediante Resolución número 37430 del veintiséis (26) de noviembre de 2002, sino a todas aquellas que esta Superintendencia decretase dentro del presente proceso.

3.3 Respetto de la ilegalidad en el decreto de una medida cautelar que abarque otros empaques confundiblemente similares.

Señala la recurrente que la ilegalidad en el decreto de las medidas cautelares se refuerza aún más, en el hecho de que esta Superintendencia no solo haya ordenado las mismas sobre un empaque diferente al objeto de la denuncia, sino sobre cualquier otro empaque similar, teniendo en cuenta que para poder ser decretada toda medida debe tener su correspondencia con un hecho claro y cierto, previo el análisis de los fundamentos legales que motiven la decisión en el decreto de una cautela.

Reitera este Despacho que en virtud del artículo 31 de la Ley 256 de 1996, esta Superintendencia tiene la potestad de decretar no sólo las medidas cautelares solicitadas por la parte accionante, sino todas aquellas que a su juicio resulten pertinentes y que tengan un carácter funcional respecto de la cesación provisional de las conductas desleales denunciadas por la misma.

En tal virtud, en el presente caso, al ordenar medidas como la decretada sobre cualquier empaque similarmente confundible con el producto Chicle Tumix, la encargada de determinar la existencia de ese riesgo de confusión es precisamente esta Superintendencia, a la cual mediante la Ley 446 de 1998, fue atribuido el conocimiento a prevención de los jueces de la República, de las diferencias entre particulares por actos de deslealtad en la competencia.

Así, resulta claro como este Despacho, en ejercicio de sus facultades legales ordenó a la accionada cesar de inmediato cualquier conducta de confusión que pudiera presentarse con ocasión de la comercialización del segundo empaque del producto chicle Clarks, o de cualquier otro empaque, que a su juicio, como entidad competente, pudiera representar un riesgo de confusión para el público consumidor.

¹⁵ Folio 213, cuaderno primer cuaderno del expediente.

Por tanto, esta Superintendencia actuó en derecho al decidir el decreto de las medidas atacadas, sobre el segundo empaque del producto CLARKS, así como sobre cualquier otro empaque similar al producto chicle Tumix. La finalidad de la medida cautelar, claramente era la cesación del acto de confusión, y para ello se adoptaron las medidas necesarias para lograr tal fin.

3.4. Respecto del incumplimiento de los requisitos legales para el decreto de las medidas cautelares.

3.4.1 La inminencia o realización del acto de competencia desleal

Como bien lo afirma el recurrente, el artículo 31 de la ley de competencia desleal establece como uno de los requisitos de procedencia para el decreto de unas medidas cautelares sin oír a la parte contraria, que "[l]a realización o la inminencia del acto de competencia desleal se encuentre comprobada." Dicha inminencia parte de un presupuesto de comprobación diferente al requerido para tomar una decisión final, se trata del *fomus boni iuris*, consistente en la acreditación, por parte del solicitante, del derecho en que funda su pretensión, no siendo necesario para este tipo de decisiones que exista una certeza respecto a la realización de las conductas endilgadas, ya que de exigirse tal grado de demostración, se podría llegar al límite del prejuzgamiento o del imposible jurídico. Lo anterior, teniendo en cuenta que solo hasta la evacuación de la etapa probatoria, se alcanza la convicción respecto a la realización o no de las conductas investigadas.

En efecto, atendiendo el criterio de interpretación previsto en el artículo 30 de Código Civil,¹⁶ el decreto de unas medidas cautelares como las atacadas, exige un grado de certeza distinto al aplicado para la adopción de la decisión definitiva sobre el fondo del asunto dentro de una investigación. Así, mientras que para la decisión de medidas cautelares basta constatar la correspondencia de los hechos narrados en la denuncia, con una o algunas de las conductas descritas en la ley 256 de 1996, para la imposición de sanciones es necesaria la certeza jurídica de la conducta alegada, habiéndose practicado y valorado la totalidad del acervo probatorio.

Es de anotar que en relación con los informes elaborados por las firmas ACNielsen y Napoleón Franco & Cia. S.A., que solicita la recurrente sean tenidos en cuenta para probar que frente al segundo empaque de Clarcks no se cumple el requisito de estar probada la realización o la inminencia del acto presuntamente desleal, objeto de la cautela recurrida, el Despacho considera que dichas pruebas no tienen la identidad suficiente para revocar la medida cautelar adoptada, por las siguientes razones:

- El estudio de ACNielsen no evalúa factores de confusión o elementos de empaques, sino composición y participación de mercado. Por tal razón este estudio no evidencia que la presunta confusión en la que se fundamentaron las medidas cautelares recurridas, contengan una decisión equivocada.
- En cuanto a los estudios elaborados por la firma Napoleón Franco & Cia. S.A., en éstos no se indica el grado de certeza, el margen de error, ni los demás elementos de la ficha técnica que permitan determinar la representatividad de la muestra, razón por la cual, al no estar establecido su valor estadístico, dichos estudios no generan en este momento el grado de certeza necesario, para apoyar una decisión judicial como la que solicita la recurrente.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, examinando las pruebas allegadas por el apoderado de las sociedades accionantes, este Despacho determinó y sigue considerando que la utilización del empaque del producto chicle "Clarks" con algunos cambios en su presentación inicial podría constituir un acto de competencia desleal, debido a las similitudes y a la falta de diferenciación entre éste y el empaque del producto chicle "Tumix" de propiedad de las sociedades Confiteca C.A y Confitecol S.A., conducta idónea para inducir al público a confusión sobre el producto que pretende adquirir o sobre el origen del mismo.

¹⁶ Código Civil, artículo 30. "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. (...)".

Por lo anterior, se encuentra cumplido por parte de este Despacho el primero de los requisitos previstos en el artículo 31 de la ley 256 de 1996, respecto del tipo desleal alegado por la recurrente.

3.4.2 Peligro grave e inminente

El artículo 31 de la ley 256 de 1996 establece que, además de estar comprobada la inminencia o la realización del acto, para adoptar las medidas cautelares dentro de las 24 horas siguientes sin oír a la parte contraria, debe existir un "peligro grave e inminente".

En la forma básica de interpretación jurídica, el calificativo grave se entiende como "grande, de mucha entidad o importancia."¹⁷ Esta Entidad se ha pronunciado en el sentido de establecer que "para decretar las cautelares y a fin de salvaguardar el debido proceso, La Superintendencia de Industria y Comercio debe tener plena certeza respecto de la gravedad del peligro que se ocasionaría en caso de no adoptar la medida solicitada."¹⁸

Esta Superintendencia, en diferentes oportunidades, se ha pronunciado en relación con este concepto tal y como lo ordena en los artículos 27 y 28 del Código Civil¹⁹; aquí el término peligro es "el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal"²⁰; no meras conjeturas o solo posibilidades, algo probable que pueda ocurrir. Por otro lado el concepto inminente alude a que algo "amenaza o está por suceder prontamente"²¹ y por ello no basta con la mera expectativa de que el peligro se ocasione, sino que sea indispensable que exista la posibilidad de que el peligro efectivamente ocurrirá.

Sobre este tema, ha dicho la H. Corte Constitucional: "El perjuicio ha de ser inminente: 'que amenaza o está por suceder prontamente'. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética."²²

Afirma la recurrente que dentro del caso específico no existe un "peligro que se pueda evitar, toda vez que no se trata de empaque (sic) que produzcan confusión, (por tanto) el condicionamiento de la inminencia exigido por la Ley no se encuentra cumplido." Igualmente, considera que el mencionado peligro tampoco se reviste de gravedad debido a que el empaque objeto de las medidas cautelares, "[n]o es ni siquiera similar ni mucho menos confundible con el del producto TUMIX (...)" por lo que no se genera ningún tipo de consecuencia dañina.

Considera esta Superintendencia, que la inminencia del peligro, de acuerdo con el artículo 31 de la ley 256 de 1996, versa sobre la comisión o posible realización de un acto de competencia desleal cuyas consecuencias son nocivas y próximas en el tiempo. Por lo tanto, al haberse determinado que con la presentación utilizada por la sociedad Adams para el producto CLARKS Pillow Pack de 2 pastillas, con los colores amarillo de fondo y recuadro blanco con letras azules, todavía se puede estar generando un riesgo de confusión con el producto TUMIX Pillow Pack de 2 pastillas de la denunciante, y al establecerse que se trata de una presentación nueva dentro del mercado, cuya existencia preserva las consideraciones realizadas para la primera de las presentaciones restringida, debe colegirse que el riesgo cuya prevención se busca, continúa latente, cumpliéndose de esta manera la totalidad de los requisitos exigidos por la norma para este tipo de cautelas.

¹⁷ Diccionario de la Lengua española, Real Academia Española, Vigésima Primera edición, tomo II.

¹⁸ Concepto 99015760 del 17 de marzo de 1999.

¹⁹ Artículo 27, Código Civil: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar el espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la misma historia fidedigna de su establecimiento."

Artículo 28, Código Civil: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

²⁰ Diccionario de la Lengua española, Real Academia Española, Vigésima Primera edición, tomo II.

²¹ Ibidem.

²² Radicación T-142/98, Corte Constitucional. Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. 20 abril de 1998.

Por último, manifiesta la recurrente que, ordenar por parte de la Superintendencia, que no se produzcan y/o comercialicen productos que puedan ser confundibles con los Chicles Tumix, "constituye a todas luces un exabrupto que genera una inseguridad jurídica", por cuanto "no se entiende cómo puede de manera indiscriminada decretarse un medida que abarque otros empaque confundidamente similares. Quién decide que es confundiblemente similar?" Sobre el particular, procede anotar que la función del juez es la de interpretar los hechos y aplicarle el derecho. Será él quien determine, en qué casos, y en qué circunstancias, un producto tiene la capacidad de producir confusión en el mercado con otro de similares características. Esto, lejos de ser un "exabrupto", constituye la razón de ser del funcionario judicial, quien ciñéndose a las pruebas y a las normas jurídicas, toma decisiones que garanticen el correcto devenir del mercado.

En mérito de lo expuesto este Despacho

RESUELVE

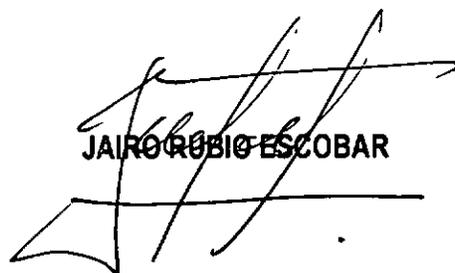
ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución número 16187 del once (11) de junio de dos mil tres (2003), "por la cual se decretan unas medidas cautelares".

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese por estado el contenido de la presente resolución, informando que contra la presente no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE POR ESTADO Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D. C., a los 15 SET. 2003

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO ROBIO ESCOBAR

Comunicaciones

Doctor
CARLOS UMAÑA TRUJILLO
C.C. 19.392.959 de Bogotá
Apoderado
CONFITES ECUATORIANOS C.A. CONFITECA
CONFITECOL S.A.
NIT. 800.195.190-1
Calle 70 No. 4-60
Bogotá D. C.

Doctora
ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ
C.C. 52.051.679 de Bogotá
Apoderada
CHICLES ADAMS S.A.
NIT. 890.300.686-9
Calle 72 No. 5-83 Piso 5°
Ciudad

JJK/agl/mvff