



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

DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES
GRUPO DE TRABAJO DE COMPETENCIA DESLEAL

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil once (2011).

Sentencia No. 051.

Expediente N° 07040737

Proceso abreviado por competencia desleal

Demandante: COMPAÑÍA LECHERA DE EL MORTIÑO COMLEMO LTDA. Vs.

Demandado: JOSÉ MAURICIO PINZÓN CUBILLOS y MARIA ISABEL RIVERA TRIVIÑO.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Compañía Lechera de El Mortiño Comlemo Ltda., contra José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1 Partes:

Demandante: Compañía Lechera de El Mortiño Comlemo Ltda. (en adelante Comlemo) tiene por objeto social, entre otros, *“la pasteurización e industrialización de la leche y sus derivados; así como también comprar, vender y distribuir estos mismos productos incluyendo la leche”*.

Demandados: José Mauricio Pinzón Cubillos, ex socio de Comlemo, se dedica a la compra y venta de leche entera², identificando su producto con la expresión “La Nueva Leche”.

María Isabel Rivera Triviño fue socia capitalista de Comlemo³, esposa del señor José Mauricio Pinzón Cubillos⁴ y se desempeña en la empresa denominada “La Nueva Leche” como Jefe de Patios⁵.

1.2 Los hechos de la demanda:

La Compañía Lechera de El Mortiño Comlemo Ltda. (en adelante Comlemo), afirmó que participa en el mercado del procesamiento y comercialización de leche identificando su producto mediante una presentación particular y con la marca de leche “LA GRAN VÍA”⁶, de la cual es titular.

Narró para efectos de sustentar sus pretensiones, que los señores José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño, demandados y antiguos socios de Comlemo, procesan y comercializan leche en las mismas ciudades, a través de los mismos métodos de

¹ fls. 2 y 3, cdno. 1.

² De conformidad con lo anotado en el certificado de Matrícula de Persona Natural, que obra a fl. 38 cdno. 1.

³ De conformidad con la respuesta otorgada por esta a la pregunta No. 1., en interrogatorio de parte que obra a folios 137 a 143 cdno. 1.

⁴ De conformidad con la respuesta otorgada por esta a la pregunta No. 3., en interrogatorio de parte que obra a folios 137 a 143 cdno. 1.

⁵ De conformidad con la respuesta otorgada por esta a sus generales de ley, en interrogatorio de parte que obra a folios 137 a 143 cdno. 1.

⁶ Resolución No. 17084 de 22 de julio de 2005, que obra a fl. 13 cdno. 1.

Sentencia N° 0051 de 2011

distribución y con la utilización de signos distintivos similares con los que la demandante identifica su producto, nombrando la leche que ofrecen al público con el signo “LA NUEVA LECHE”, cuyo registro fue denegado por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 035593 de 28 de diciembre de 2005, proferida por la División de Signos Distintivos, tras considerar que los signos “LA GRAN VIA” y “LA NUEVA LECHE” guardaban relación y eran confundibles, de conformidad con los supuestos señalados en la Decisión 486 de 2000.

Manifestó que Comlemo suscribió el primero (1º) de julio de 2005, con el señor José Mauricio Pinzón Cubillos acta de conciliación⁷ en la que se acordó que el acá demandado eliminaría de su producto “LA NUEVA LECHE” el eslogan “cuando pida exija”, así como la cinta de la imagen corporativa que caracteriza el producto “LA GRAN VÍA” de los demandantes y la imagen corporativa existente en las camionetas de reparto. Las partes estipularon además, que en un lapso no mayor a 3 meses, que iniciarían a contarse a partir de la fecha de su suscripción, se terminaría la práctica desleal desplegada por los demandados, circunstancia que no se cumplió, por cuanto, los señores José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño continuaron procesando y comercializando leche mediante los mismos métodos de distribución y con la utilización de los mismos signos distintivos que identifican el empaque de Comlemo.

1.3 Pretensiones:

Comlemo, en ejercicio de la acción declarativa y de condena prevista en el numeral 1º del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, solicitó que se declare que la conducta que imputó a su contraparte resultó contraria a lo dispuesto en los artículos 7 (prohibición general), 8 (desviación de clientela), 10 (confusión), 11 (engaño), 14 (imitación) y 15 (explotación de reputación ajena) de la Ley 256 de 1996. Pidió, consecuentemente, que se prohíba a los señores José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño *“la distribución y comercialización de la leche y demás productos en empaques idénticos o similares a los de La Gran Vía, La Gran Leche y La Gran Lechería”*. A su vez, que *“se prohíba definitivamente la distribución de leche y productos lácteos en empaques con el nombre de La Nueva Leche”* y, como consecuencia de lo anterior, *“se condene a los demandados a pagar los perjuicios causados con la práctica desleal”*⁸.

1.4 Admisión y contestación de la demanda:

El 11 de mayo de 2007, se profirió el Auto No.1654 mediante el cual se admitió el proceso por competencia desleal contra los señores José Mauricio Pinzón Cubillos y la señora María Isabel Rivera Triviño, quienes notificados del libelo se opusieron a la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda⁹ y formularon como excepciones de mérito la *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“acción indebida”* y *“prescripción”*¹⁰.

1.5 Trámite procesal:

Por medio del auto No. 2166 del 27 de Junio de 2007¹¹ las partes fueron citadas a la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P. C., diligencia que se llevó a cabo el 16 de julio de 2007¹², con la participación sólo de los demandados. Mediante auto No. 3081 del 13 de septiembre de 2007¹³ se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes y

⁷ Fls. 4 a 6 cdno. 1.

⁸ Fl. 21, cdno 1.

⁹ Fls. 31 y 43, cdno. 1.

¹⁰ Fls. 45 y 46, cdno. 1.

¹¹ Fl. 58 cdno. 1.

¹² Fls. 59 a 61 cdno 1.

¹³ Fls. 71 a 73 cdno. 1.

Sentencia N° 0051 de 2011

a través de auto No. 1004 de 21 de julio de 2008¹⁴ se corrió traslado a las partes para alegar, oportunidad en la que las partes insistieron en las posiciones que habían dejado establecidas en sus respectivos actos de postulación.

2 CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Habiéndose agotado las etapas procesales y no presentándose nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

2.1. Hechos probados:

Con fundamento en las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, es posible tener por acreditado lo siguiente:

2.1.1. Comlemo, es una sociedad comercial que dedica su actividad mercantil, entre otros, a la pasteurización y distribución de leche y productos lácteos¹⁵ en las ciudades de Cajicá, Tabio y Bogotá.

2.1.2. Los señores José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño, demandados, fueron socios de Comlemo¹⁶, desde su constitución hasta el 19 de junio de 2005¹⁷.

2.1.3. Comlemo es titular de las marcas mixtas “LA GRAN VÍA”, “LA GRAN LECHERÍA”, “LA GRAN LECHE”¹⁸, conferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Resolución Nos. 17084 de 22 de julio de 2005, el Certificado No. 307706 y la Resolución No. 6367 de 14 de marzo de 2006, respectivamente.

2.1.4. Comlemo presenta su producto leche pasteurizada identificada con la marca “LA GRAN VÍA”, de la siguiente manera:



¹⁴ Fl. 148 cdno 1.

¹⁵ Fls. 2 a 3 cdno. 1

¹⁶ Así fue confesado al responder el hecho octavo en el escrito de contestación de la demanda. Folios 43 a 53 cdno. 1.

¹⁷ Fls. 4 a 6 cdno. 1.

¹⁸ Folio 11 a 15 cdno. 1

Sentencia N° 0051 de 2011

2.1.5. Comlemo realizaba su actividad mercantil de comercialización de leche pasteurizada a través de camiones que diariamente surten las tiendas que adquieren su producto, quienes a su vez lo revenden¹⁹.

2.1.6. La manera como ejerce su actividad mercantil, consiste en la adquisición de la leche cruda para su procesamiento en la planta de pasteurización y posterior empaque en las bolsas identificadas con el signo distintivo, que seguidamente son llevadas a través de vehículos, indentificados igualmente con los signos distintivos de quien procesa la leche, utilizados para su distribución y finalmente la entrega a los intermediarios (tenderos) quienes a su vez revenden la leche pasteurizada al consumidor final.

2.1.7. José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño, después de su retiro de Comlemo, es decir, después del 19 de junio de 2005²⁰, dedicaron su actividad mercantil al procesamiento y comercialización de leche, en las ciudades de Cajica, Tabio y Bogotá.

2.1.8. José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño, utilizaron los mismos canales y formas de distribución utilizados por Comlemo para la comercialización de leche²¹.

2.1.9. José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño, hicieron creer a los consumidores (tenderos) como al público en general, que la Leche “LA NUEVA LECHE” era un producto de la misma procedencia empresarial del distribuido por la aquí demandante²².

2.1.10. Comlemo y José Mauricio Pinzón Cubillos suscribieron el primero (1º) de julio de 2005 acta de conciliación²³ privada, en la que se acordó que el acá demandado eliminaría de su producto “LA NUEVA LECHE” el eslogan “cuando pida exija”, así como la cinta de la imagen corporativa que caracteriza el producto “LA GRAN VÍA” de los demandantes y la imagen en las camionetas de reparto. Las partes acordaron además, que en un lapso no mayor a 3 meses, que iniciarían a contarse a partir de la fecha de la suscripción del acta de conciliación, se terminaría la práctica desleal desplegada por los demandados.

2.1.11. José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño, presentan el producto identificado con la marca “LA NUEVA LECHE”, de la siguiente manera:



¹⁹ De conformidad con lo señalado en los testimonios practicados dentro del presente proceso, entre los cuales se encuentran las declaraciones de Alirio Augusto Lombana Suarez (Fls. 80 y 81 cdno. 1), Roberto González Lugo (Fls. 96 a 103 cdno. 1) y Anselmo Gómez Cortés (Fls. 108 a 113 cdno. 1.)

²⁰ Como se observa a Fls. 4 a 6 cdno. 1.

²¹ Como consta en el acta de conciliación de julio 01 de 2005. Folios 4 a 6 cdno. 1.

²² Corroborar lo anterior, los testimonios practicados dentro del presente proceso, entre los cuales se encuentran las declaraciones de Alirio Augusto Lombana Suarez (Fls. 80 y 81 cdno. 1), Roberto González Lugo (Fls. 96 a 103 cdno. 1) y Anselmo Gómez Cortés (Fls. 108 a 113 cdno. 1).

²³ Fls. 4 a 6 cdno. 1.

Sentencia N° 0051 de 2011

2.1.12. El señor José Mauricio Pinzón Cubillos, a pesar de haber suscrito el referido acuerdo²⁴ el primero de julio de 2005 con Comlemo, como se anotó en el numeral 2.1.10., continuó procesando y comercializando leche de la misma manera que lo venía haciendo hasta el momento de la celebración de dicho acuerdo²⁵.

2.2. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996:

El ámbito objetivo²⁶ se verifica el presente caso, por cuanto está demostrado que los actos señalados como desleales, que bien pueden agruparse en la distribución y comercialización de leche, a través de la utilización de signos distintivos similares a los de otro competidor en el mercado, son idóneos para mantener o incrementar -de manera irregular- la participación en el mercado de la leche de los demandados. Respecto del ámbito subjetivo, basta indicar que existe suficiente evidencia de la participación de las partes en el mercado de la comercialización de leche pasteurizada, a través del procesamiento y comercialización del referido alimento²⁷.

Por último, se atiende el ámbito territorial²⁸ en tanto que la leche comercializada por las partes de este proceso, se distribuye en los municipios de Cajicá, Tabio y en la ciudad de Bogotá, situación que permite concluir que los efectos de las conductas imputadas como desleales han de producirse en Colombia, advirtiéndose, por tanto, satisfecho este presupuesto.

2.3. Legitimación de las partes:

Partiendo de la participación de la demandante²⁹ en el mercado del procesamiento, distribución y comercialización de leche, es evidente que la utilización de signos distintivos similares a los de la actora, en presentación externa del producto, utilizando los mismos canales de venta y comercialización y, tratándose de productos dirigidos a un público en común, constituyen circunstancias aptas para afectar los intereses económicos de Comlemo, lo cual la legitima³⁰ para interponer la presente acción. Por su parte, los demandados se encuentran legitimados³¹ para soportar las consecuencias de la acción de la referencia, pues en el expediente se encuentra acreditada la distribución y comercialización de leche por parte de estos utilizando signos distintivos similares a los empleados para identificar los productos del demandante y atendiendo a ello, no podrá declararse probada la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de María Isabel Rivera Triviño, debido que la referida demandada admitió con fuerza de confesión en la diligencia de interrogatorio de parte³² que comercializa productos lácteos, específicamente "Leche"³³.

²⁴ Fls. 4 a 6 cdno. 1.

²⁵ fls. 17, 18, 77 y 78 cdno. 1.

²⁶ Según el artículo 2º de la citada Ley de Competencia Desleal, "los comportamientos previstos en esta 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".

²⁷ fls. 4 a 6 cdno. 1.

²⁸ El artículo 4 de la Ley 256 de 1996 señala que esta normativa: "se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano."

²⁹ Acorde con lo expuesto en los hechos probados de los numerales 2.1.1 y 2.1.5 de esta providencia, folio 2 a 3 cdno. 1.

³⁰ De conformidad con el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, "cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley".

³¹ De conformidad con el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, "[l]as acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal".

³² Fls. 138 a 141 Cdnos. 1.

³³ Ver respuesta a la pregunta No. 10 del interrogatorio de parte llevado a cabo el día 8 de abril de 2008, como obra a folio 140 cdno. 1.

Sentencia N° 0051 de 2011**2.4. El problema jurídico:**

El presente caso plantea el debate acerca de determinar si la venta y comercialización de productos distinguidos con signos distintivos similares, a través de los mismos canales de comercialización, por ex socios de la demandante es constitutivo de competencia desleal.

2.5. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales ejecutados por la demandada:

Por resultar pertinente para efectos de resolver el asunto materia de estudio, se realizarán las siguientes precisiones con relación a la excepción de prescripción propuesta por la demandada y a las diferencias que existen entre la acción de competencia desleal y la derivada de las normas sobre propiedad industrial.

2.5.1. Excepción de prescripción

Respecto de la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, bastará señalar que debe tenerse por no verificada, en tanto que está probado que entre el momento en que Comlemo y el señor José Mauricio Pinzón Cubillos suscribieron el Acta de Conciliación (01 de julio de 2005)³⁴ y la fecha de presentación de la demanda (24 de abril de 2007), transcurrió un lapso que no es superior al término de dos años contemplado en la primera parte del artículo 23 de la Ley 256 de 1996, tanto más si se considera que solo se tiene certeza del uso de la presentación cuestionada en este proceso, por parte de los demandados, desde la suscripción del referido acuerdo.

Aunque lo dicho hasta este punto es suficiente para desestimar la excepción bajo estudio propuesta por los demandados, precítese entonces que en este caso tampoco se configuró la prescripción extraordinaria, pues los demandados comenzaron a realizar las conductas que fueron señaladas como desleales en el mes de julio de 2005, aseveración que encuentra sustento en que los elementos probatorios existentes sólo permiten demostrar que es a partir de allí donde comienzan a sucederse los hechos, de una manera cierta, premisa esta de la cual se sigue, entonces, que al momento de presentación de la demanda, el 24 de abril de 2007, no habían transcurrido más de los tres años, contados a partir "*del momento de la realización del acto*", contemplados como término de la prescripción extraordinaria en la segunda parte del artículo 23 de la Ley 256 de 1996.

2.5.2. La acción de competencia desleal frente a la derivada de las normas sobre propiedad industrial.

Tal como lo han dejado sentado la doctrina³⁵ y la jurisprudencia³⁶, el titular de derechos sobre signos distintivos -marcas, para lo que acá interesa-, que estén siendo reproducidos, imitados o, en fin, utilizados indebidamente y sin autorización, cuenta, en línea de principio, con dos sistemas diferentes de protección, aparte de las acciones penales, que el

³⁴ Fls. del 4 al 6 del cdno. 1. – Tenido como prueba en el numeral 1.1. denominado "Documentales" del numeral 1. denominado Pruebas solicitadas por la parte demandante, del Auto No. 3081 de 13 de septiembre de 2007, donde se comprometieron los acá demandados "*a que durante este tiempo desaparecerá del mercado la similitud y la práctica comercial desleal; eliminando el eslogan "cuando pida exija" y "eliminando la cinta nuestra de imagen corporativa que nos caracteriza en la parte superior". Acuerdan también las partes y con un plazo máximo de 3 meses a partir de la fecha para que el señor JOSÉ MAURICIO PINZÓN CUBILLOS retire las marcaciones de imagen corporativa existentes en las camionetas de reparto.*"

³⁵ Cfr. ASCARELLI, Tullio, Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1970. Págs. 204 y ss.; MÉTKE MÉNDEZ, Ricardo. Lecciones de Propiedad Industrial III. Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie). Bogotá D.C. 2006. Pág. 193 y ss.; BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas. Madrid, 1978. Pág. 324 y ss.

³⁶ Tribunal Superior de Bogotá, providencia de agosto 5 de 2003, M.P. Edgar Carlos Sanabria Melo; Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 509 de enero 24 de 2004 y Sentencia No. 002 de 2008, entre otras providencias.

Sentencia N° 0051 de 2011

ordenamiento jurídico le otorga con miras a reprimir las descritas conductas: la acción de competencia desleal y la derivada de las normas sobre propiedad industrial, acciones que, por estar dirigidas a tutelar bienes jurídicos distintos, exigen del interesado la atención de cargas procesales diferentes para efectos de que su pretensión resulte acogida.

Ciertamente, la tutela que las normas sobre propiedad industrial confieren al titular de signos distintivos *“hace nacer un tipo de protección reforzada, basada en la técnica del derecho subjetivo, sujeta a los principios de formalidad, tipicidad y publicidad, consistente en la concesión de una exclusiva erga omnes, que puede ser actuada contra cualquier imitador automáticamente, sin tener que probar otras circunstancias que la existencia de la lesión del derecho”*³⁷, de manera que, como el sistema de protección que ahora se comenta está orientado a materializar el *ius prohibendi* emanado de un derecho de exclusividad, el afectado únicamente tiene la carga de demostrar *“(i) la existencia del derecho infringido y, (ii) la infracción de tal derecho, que tiene lugar cuando los terceros realizan las conductas que expresamente se prohíben por las normas que delimitan el alcance de ese derecho”*³⁸.

De otro lado, la protección que ofrecen las normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia no está encaminada a la defensa del signo distintivo en sí mismo, sino a garantizar libre y leal competencia económica asegurando que, a la hora de competir, los participantes en el mercado no transgredan los deberes de conducta a los que hacen referencia los parámetros normativos contemplados en los artículos 7º a 19 de la Ley 256 de 1996³⁹, de donde se sigue, entonces, que la disciplina que ahora se comenta se ocupa del *“mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos, se añade, una evidente preocupación para evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente, por ello, de desleales”*⁴⁰. En esta medida, la prosperidad de la acción de competencia desleal está condicionada a que el demandante acredite, entre otras cosas, (i) la legitimación de las partes, (ii) la existencia de un acto concurrencial en el mercado (iii) ejecutado vulnerando la buena fe comercial concretada, en la infracción de los deberes de conducta tipificados en la ley de competencia desleal.

En consonancia con lo anterior, la utilización indebida de un signo distintivo no es suficiente, por sí sola, para configurar un acto de competencia desleal vinculado a la propiedad industrial, pues *“el bien (de propiedad industrial, se aclara) en sí mismo considerado no es objeto de un acto de competencia desleal”*, debiéndose entender que la conducta desleal se configura si el bien de propiedad industrial se usa *“como medio o instrumento para lograr el efecto que la ley pretende reprimir (...) en materia de signos distintivos, esto es, si constituyen el medio para producir la confusión, que es el hecho que la norma pretende evitar”*⁴¹; de donde se sigue, entonces, que el análisis que corresponde adelantar en los casos en que se trata de averiguar la existencia de un acto de competencia desleal fundado en la utilización indebida de signos distintivos, no puede estar limitado a establecer la mera infracción a este derecho, sino que debe encaminarse, entre otras cosas, a determinar si dicha utilización indebida genera un riesgo de confusión desleal en el mercado. Así lo ha precisado la jurisprudencia al señalar que el comentado examen *“no se refiere propiamente al análisis de confundibilidad de los signos distintivos (...) ya que esto es un tema regulado en otra normativa. Se trata, entonces, de determinar si dichos actos, en relación con un*

³⁷ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas. Madrid, 1978. Pág. 324.

³⁸ MÉTKE MÉNDEZ, Ricardo. Lecciones de Propiedad Industrial III. Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie). Bogotá D.C. 2006. Pág.194.

³⁹ Sanas costumbres mercantiles; principio de la buena fe comercial, usos honestos en materia industrial o comercial y la garantía de la libertad de decisión del comprador o consumidor y del funcionamiento concurrencial del mercado.

⁴⁰ BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 290.

⁴¹ METKE MÉNDEZ, Ricardo. *Op. Cit.* Pág. 198.

Sentencia N° 0051 de 2011

*competidor determinado, generan confusión en el público consumidor respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor*⁴².

Por supuesto, la utilización indebida de signos distintivos ajenos no es una conducta que resulte indiferente o intrascendente en el marco de la acción de competencia desleal, como lo ha sostenido este Despacho en reiteradas oportunidades⁴³. En efecto, existen determinados asuntos caracterizados por unas especiales condiciones -de naturaleza, destinación o comercialización de los productos o servicios de los que se trate- en los que se impone colegir, como única conclusión razonable sobre la base de las reglas de la experiencia, que la referida utilización indebida de los signos distintivos y la consecuente existencia de determinados productos cuya presentación al público se lleva a cabo de la misma manera, es una conducta idónea para generar en el mercado, efectiva o potencialmente, un riesgo de confusión entre los productos así identificados.

Con base en lo anterior, pasa el Despacho a analizar si los hechos demandados tipifican comportamientos desleales.

2.5.3. Actos de Confusión (Art. 10°, Ley 256 de 1996):

De conformidad con el artículo 10° de la Ley 256 de 1996, el acto desleal de confusión, que tutela especialmente el interés del consumidor consistente en “*garantizar su capacidad volitiva y decisoria a la hora de intervenir en el mercado*”⁴⁴, se configura en los eventos en que se ejecuta en dicho escenario y con fines concurrenciales cualquier conducta que resulte idónea para provocar en los consumidores un error “*sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios*” que se le ofrecen⁴⁵, sin que para su configuración sea indispensable la efectiva materialización de tal efecto perjudicial en el mercado, pues -como lo ha dejado establecido este Despacho- para ello basta con la existencia de un riesgo de confusión, esto es, de la potencialidad real de la conducta en cuestión para confundir⁴⁶.

Es pertinente indicar que dentro del concepto del acto desleal en análisis se incluyen tanto los casos en los que “*el consumidor, al adquirir un producto, piensa que está adquiriendo otro*” (confusión directa)⁴⁷, como aquellos en los que se presenta el denominado riesgo de asociación, que se produce cuando el consumidor reconoce la diferencia entre los productos o servicios de que se trate y su distinto origen empresarial, “*pero de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación entre ambas [empresas], ya sean vínculos comerciales, pertenencia al mismo grupo empresarial, etc.*” (confusión indirecta)⁴⁸. Es del caso resaltar que las dos circunstancias comentadas tienen una trascendental relevancia en la libre decisión de mercado que se debe garantizar al consumidor, en tanto que este último “*puede perfectamente preferir un producto a otro sólo por la confianza que le reporta la marca o la empresa vendedora, a la que asocia un determinado status de calidad o prestigio y que hace que incluso esté dispuesto a pagar un precio superior al del resto de productos*”⁴⁹.

En el presente asunto, las circunstancias que permiten colegir la existencia de un acto de

⁴² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia de noviembre 23 de 2007, proceso 149-IP-2007.

⁴³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 8325 de marzo 25 de 2003 y Auto No. 554 de mayo 6 de 2009.

⁴⁴ BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 294.

⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 357.

⁴⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Auto No. 1841 de 2010. En el mismo sentido: Cas. Civ. Sentencia de noviembre 19 de 1999, exp. 5091.

⁴⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial dentro del proceso No. 32-IP-2009.

⁴⁸ SÁNCHEZ SABATER, Laura. Actos de Confusión. En: MARTÍNEZ SANZ, Fernando (director). Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal. Editorial Tecnos. Madrid. 2009. Pág. 79.

⁴⁹ *Ibidem*.

Sentencia N° 0051 de 2011

confusión desleal son:

2.5.3.1. Presentación de los productos:

Respecto de la presentación de su leche, Comlemo acreditó ser titular de la marca mixta “LA GRAN VÍA”⁵⁰, a través de la Resolución Nos. 17084 de 22 de julio de 2005, con la cual identifica la leche que distribuye y comercializa, elemento que permite colegir no solo la existencia de un derecho de exclusiva en cabeza de ésta para utilizar el signo “LA GRAN VIA” y, que en esa medida, se encuentra legitimado para reclamar la defensa de un derecho derivado de la propiedad industrial, sino que además, su participación primigenia en el mercado a través del uso de la referida presentación en las ciudades de Cajicá, Tábio y Bogotá en las cuales se distribuye leche pasteurizada “LA GRAN VÍA”.

Por su parte, la demandada no tiene a su favor registro alguno que demuestre que la identificación de la leche que distribuye y comercializa es de su propiedad, su aparición en el mercado es posterior a la que se encuentra demostrada por Comlemo con un producto, “LA NUEVA LECHE”, que tiene una presentación muy similar a la usada para identificar el producto “LA GRAN VIA” por parte de la demandante.

De la simple comparación de las imágenes de ambos productos se concluye que éstos utilizaron elementos para la presentación de su leche que hicieron que esta fuera casi idéntica que la leche “LA GRAN VÍA”, de tal suerte que el consumidor pudo haber adquirido la leche de la demandada (de aparición posterior en el mercado) creyendo erróneamente que se trataba de la comercializada por Comlemo, incurriendo así en la conducta desleal denunciada. Observese las siguientes imágenes:

Producto demandante:



Producto demandado:



⁵⁰ Folio 11 a 15 cdno. 1

Sentencia N° 0051 de 2011

El anterior paralelo permite evidenciar que el producto denominado “LA NUEVA LECHE” de la pasiva no solo incluye la denominación “LA NUEVA LECHE” en presentación similar a la denominación “LA GRAN VIA” como texto protagónico en su identificación, también alude a efectuar una evocación de una imagen de una vaca, emplea además lema, formas y colores idénticos, como la expresión “Cuando pida exija...”, “LECHE – PASTEURIZADA – ENTERA”, de tal manera que la forma como se presentó al proceso el referido producto del demandado, resultó apto para generar confusión en los consumidores acerca del producto en sí mismo.

2.5.3.2. Conocimiento previo de los demandados acerca del producto del demandante:

En cuanto al conocimiento previo que tenían los demandados de los canales de distribución, recorridos, formas de distribución y signos distintivos utilizados por Comlema, se corroboró que dichas situaciones eran de conocimiento de los demandados, por cuanto fueron socios de Comlema desde su constitución⁵¹. Esta circunstancia les permitió a los demandados realizar los mismos recorridos establecidos por la demandante, es decir, recorrer las mismas tiendas, en vehículos identificados con signos distintivos similares a los de Comlema, pero de manera anticipada a los tiempos en los que lo hacía la demandante.

2.5.3.3. Conocimiento previo del efecto de su comportamiento:

Aun cuando entre Comlema y el señor José Mauricio Pinzón Cubillos se suscribió Acta de Conciliación (01 de julio de 2005)⁵² a través de la cual, los demandados se comprometieron a terminar la práctica desleal allí descrita, continuaron procesando y comercializando leche de la misma manera que lo venían haciendo hasta el momento de la celebración de dicho acuerdo⁵³.

⁵¹ Así fue confesado al responder el hecho octavo en el escrito de contestación de la demanda. Folios 43 a 53 cdno. 1.

⁵² Fls. del 4 al 6 del cdno. 1. – Tenido como prueba en el numeral 1.1. denominado “Documentales” del numeral 1. denominado Pruebas solicitadas por la parte demandante, del Auto No. 3081 de 13 de septiembre de 2007, donde se comprometieron los acá demandados “a que durante este tiempo desaparecerá del mercado la similitud y la práctica comercial desleal; eliminando el eslogan “cuando pida exija” y “eliminando la cinta nuestra de imagen corporativa que nos caracteriza en la parte superior”. Acuerdan también las partes y con un plazo máximo de 3 meses a partir de la fecha para que el señor JOSÉ MAURICIO PINZÓN CUBILLOS retire las marcaciones de imagen corporativa existentes en las camionetas de reparto.”.

⁵³ fls. 17, 18, 77 y 78 cdno. 1.

Sentencia N° 0051 de 2011**2.5.3.4. Conocimiento previo de los consumidores (tenderos) de la participación de los demandados como socios de Comlemo:**

Justamente por haber sido los demandados socios de Comlemo desde su constitución y por haber conseguido un espacio en el mercado para el producto leche pasteurizada “LA GRAN VÍA”, los consumidores (tenderos) conocían efectivamente que los señores José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño eran dueños de Comlemo y si la distribución del producto “LA NUEVA LECHE” se realizaba en vehículos identificados con los signos distintivos similares a los de Comlemo, situaciones que se encuentran probadas, era evidente que el producto de la demandada no fuera tomado por éstos como un producto de un competidor.

Las anteriores circunstancias resultan aptas para crear confusión en el mercado e inducir a error a los consumidores del producto en comento (Leche “LA GRAN VÍA”), pues como quedó acreditado, el producto de la demandada (Leche “LA NUEVA LECHE”) no fue tomado por los consumidores (Tenderos) como un producto de un competidor de los productos de la demandante (Leche “LA GRAN VÍA”). Así, resulta evidente que se indujo a los consumidores a error sobre el producto (Leche “LA GRAN VÍA”) de la parte demandante, pues se hizo creer al público, que la Leche “LA NUEVA LECHE” eran el mismo producto o por lo menos de la misma procedencia empresarial del distribuido por la aquí demandante.

Por lo tanto, se advierten configurados los elementos propios del acto de confusión.

2.5.4. Del acto de desviación de la clientela. (art. 8º de la Ley 256 de 1996).

El artículo 8º de la ley de Competencia Desleal determina que *“se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial y comercial.”*

Para efectos de acreditar la ocurrencia del presente acto desleal, es imprescindible demostrar, de un lado, que la clientela atribuible a Comlemo, se abstuvo, efectiva o potencialmente, de solicitar sus productos, leche “LA GRAN VÍA” para luego optar por los ofrecidos por José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño, es decir, leche “LA NUEVA LECHE” y, del otro, que lo anterior se produjo contrariando las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial, esto es, que la parte demandada contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistara - o al menos hubiese pretendido hacerlo - clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen acudido a los productos de la actora.

Es cierto que la comisión de la presente conducta no requiere de la materialización efectiva de la desviación, pues de conformidad con la norma basta con el hecho que la conducta tenga por objeto desviar la clientela, luego, si un comportamiento en el mercado está dirigido a captar o atraer clientes de manera contraria a los mencionados parámetros de conducta, – lógrese o no – sería imputable la consecuencia jurídica del artículo 8º de la Ley de Competencia Desleal, a quien lo comete.

Respecto al comportamiento analizado, la posición del Despacho⁵⁴ se reduce a entender el artículo 8º de la Ley 256 de 1996 como un desarrollo del modelo social de competencia desleal y, por lo tanto, cuando la Ley 256 de 1996 hace referencia a las sanas costumbres o

⁵⁴ Sobre el particular, este Despacho desarrollo la conducta ahora analizada en sentencia No. 16 de veintitrés (23) de marzo de 2011.

Sentencia N° 0051 de 2011

usos honestos, está salvaguardando los derechos de los empresarios, los consumidores, y la sociedad en general, por lo que no es viable exigir de ellos, para su protección, la prueba de existencia de la costumbre o del uso, pues indudablemente se refiere a aquellas conductas o comportamientos que se apartan del imperativo moral y ético apenas exigible a cualquier profesional del comercio, es decir, que por sanas costumbres mercantiles o usos honestos se entiende el actuar dentro de los parámetros morales y éticos que se espera de quienes acuden a un mercado con el propósito de disputar una clientela⁵⁵.

En el caso particular, obra prueba suficiente en el plenario para concluir que la demandada, actuó de manera contraria a las exigencias de la ética y la moral, que se espera de los participantes del mercado, desviando la clientela (tenderos) hacía sí mismo.

De hecho, la demandada distribuyó y comercializó leche para competir directamente en el mercado con la actora, circunstancia que por sí misma no constituye deslealtad, puesto que obedece al desarrollo constitucional de la libertad de empresa (artículo 333 de la C.P.). No obstante, emplear los medios de distribución y comercialización de su producto en vehículos identificados con la imagen y signos distintivos similares a los de Comlemo, el conocimiento de las rutas y horarios de distribución de la actora que le permitió a los demandados interferir en dichas rutas y del reconocimiento que tenían los terceros (tenderos) de la participación de José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño como socios de la actora, para lograr el afianzamiento de su nuevo producto, sí resulta reprochable, en tanto que con estas conductas se obtuvo la desviación de clientes con méritos que no eran propios de los demandados.

Efectivamente, como consta en los documentos incorporados como pruebas en la oportunidad debida⁵⁶, los demandados eran concientes de los efectos que la conducta causaba en el mercado, por la similitud de los signos distintivos utilizados en los vehículos para repartir el producto. Mediante la estrategia de repartir la leche a los tenderos sólo unos minutos antes del horario habitual de los demandantes, por las mismas rutas y visitando las mismas tiendas lograron el efecto de desviar la clientela de manera desleal, así como, se puede colegir que los productos (Leche “LA NUEVA LECHE”) de los demandados fueron adquiridos pensando que provenían de la demandante.

Una vez analizadas las anteriores circunstancias fácticas, las conductas de la pasiva no se enmarcan dentro de lo ético-moral o de lo socialmente aceptable, máxime si se tiene en cuenta el reconocimiento que tienen los consumidores (tenderos) de la demandante, quien participa en el mercado. Prudente y honesto habría sido informar o comunicar a los consumidores (tenderos) de la existencia del producto leche “LA NUEVA LECHE” y la procedencia del mismo, absteniéndose de inducir a los tenderos destinatarios del producto al convencimiento de que su producto era comercializado y distribuido por Comlemo. Adicionalmente, la conservación de un logotipo similar de la empresa de la cual eran socios en los vehículos de distribución y el paso anticipado de los demandados por las rutas de distribución de Comlemo con su producto leche “LA NUEVA LECHE”, evidencia su actuar desleal, pues utilizaron los medios identificadores de los productos de Comlemo, para adelantar actuaciones en busca de clientes para su producto leche “LA NUEVA LECHE”, de allí que se concluya que los demandados actuaron de manera contraria a las sanas costumbres mercantiles.

⁵⁵ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Fecha 12-Dic-2001. Radicación 01086015 “Las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos industriales y comerciales son entendidas como los principios morales y éticos que deben cumplir los comerciantes y demás participantes en el mercado en la actividad competitiva, dentro del contexto de que constituye una práctica usual del comercio la observancia de los mismos. Las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos industriales y comerciales no requieren para su acreditación el cumplimiento de los artículos 189 y 190 del código de procedimiento civil”.

⁵⁶ fls. 4 a 6 cdno. 1.

Sentencia N° 0051 de 2011

Por todo lo anterior, encuentra el Despacho que los demandados, cometieron los actos de desviación de clientela contemplados en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996, por realizar comportamientos que se apartan de los apenados exigibles a los profesionales del comercio, ajenos y contrarios a la ética y la moral, ausentes de los principios básicos de convivencia como la lealtad, la honestidad y en general comportamientos contrarios a la buena fe comercial⁵⁷.

2.5.5. De los actos de engaño y explotación de la reputación ajena. (arts. 11 y 15 de la Ley 256 de 1996).

La configuración del acto de engaño⁵⁸ depende de que el sujeto pasivo de la acción haya inducido al consumidor a incurrir en error respecto de las prestaciones mercantiles, la actividad o el establecimiento ajeno, es decir, se requiere la potencialidad por parte de su autor de que su comportamiento inductivo provoque una reacción entre el público con base en información que no corresponda a la verdad. De conformidad con lo anterior y bajo el presupuesto que la conducta antes descrita, busca proteger al consumidor para que su libertad de elección no resulte afectada con información que no corresponda a la realidad, encuentra el Despacho que en el *sub examen* no obra prueba que permita concluir que la demandada utilizara información contentiva de imprecisiones o afirmaciones falsas respecto de su actividad mercantil. Por este motivo, el acto alegado no se declarará probado.

Por su lado, la explotación de la reputación ajena⁵⁹ condena el aprovechamiento indebido del prestigio o fama conseguido por otro en el mercado lo que, desde luego, debe ser acreditado por quien lo alega, en tanto que no basta referir que se tiene determinada trayectoria o reputación en el mercado, sino que se hace necesario aportar pruebas a la actuación que así lo respalden, situación que el accionante no acreditó, pues del expediente no se desprende que la actora tuviese la alegada reputación mercantil y menos que José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño se valieron ante terceros de la aludida reputación de la demandante para ofrecer su producto leche "LA NUEVA LECHE". Por lo que este acto tampoco se declarará probado.

2.5.6. Actos de imitación (Art. 14, Ley 256 de 1996):

Es necesario precisar que de conformidad con los artículos 10º y 14 de la Ley 256 de 1996 y con lo que han dejado establecido la jurisprudencia y la doctrina especializada⁶⁰, el acto

⁵⁷ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias No. 4 y 20 de 2009 y No. 1 y 14 de 2010. El concepto de la buena fe comercial se ha entendido como *"la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios, o como la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones, que les permite obrar con la conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico"*.

⁵⁸ El art. 11 de la Ley 256 de 1996 dispone que *"...se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos."*

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

⁵⁹ El Art. 15 de la Ley 256 de 1996 dispone que: *"se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "genero", "manera", "imitación", y similares"*.

⁶⁰ Cas. Civ. Sentencia de diciembre 19 de 2005, exp. 4018; BARONA VILAR, Silvia. *Op. Cit.* Págs. 347 y ss. y 493 y ss.; LLOBERGAT HURTADO, María Luisa. *Temas de Propiedad Industrial.* Editorial La Ley - Actualidad. Madrid. 2002. Págs. 422 y ss.; ⁶⁰ SÁNCHEZ SABATER, Laura. *Actos de Confusión.* En: MARTÍNEZ SANZ, Fernando (director). *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal.* Editorial. Tecnos. Madrid. 2009. Págs. 79 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, Pedro. *Actos de Imitación.* En: MARTÍNEZ SANZ, Fernando (director). *Op. Cit.* Págs. 169 y ss.

Sentencia N° 0051 de 2011

desleal de imitación se proyecta sobre las prestaciones mercantiles y las iniciativas empresariales ajenas, es decir, sobre el producto o servicio en sí mismo, que corresponde a las creaciones que, encaminadas a satisfacer una necesidad técnica o estética, constituyen la propia prestación (creación material); mientras que el objeto del acto desleal de confusión está constituido por los medios de identificación empresarial, esto es, los signos distintivos y, en general, los elementos que permitan establecer el origen empresarial de una determinada prestación mercantil y diferenciarla de otras ofertas que concurren al mercado, ejemplo de lo cual es la presentación de los empaques de un producto (creación formal)⁶¹.

En virtud de ello, salta a la vista que la inevitable existencia de un riesgo de confusión como consecuencia de un acto de imitación únicamente puede predicarse de productos o servicios en sí mismos (creaciones materiales), pues la manera en que un producto se presenta en el mercado (los signos distintivos empleados, la presentación del artículo o cualquier otra creación formal) es -en línea de principio- modificable para evitar que genere los aludidos efectos perjudiciales en aquel escenario.

Aplicando las anteriores consideraciones de carácter teórico al asunto en análisis, es claro que no se configuró el acto desleal de imitación porque, aún cuando José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño reprodujeron similarmente la marca de la actora en el producto “La Nueva Leche” y demás elementos que acompañan la presentación del producto “La Gran Vía”, esas circunstancias por sí solas no conllevan a la configuración de la comentada conducta, en tanto que no se dirigió sobre los productos en cuestión (prestaciones mercantiles), sino sobre medios formales de identificación (signos distintivos), razón por la cual se impone colegir, además, que tampoco se presentó una imitación sistemática, pues a falta de la configuración de dicho elemento típico, es imposible tener por acreditado esa especial clase de imitación.

2.5.7. Prohibición general del artículo 7 de la ley 256 de 1996:

La cláusula general de competencia desleal, prevista en esta norma, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos específicos contemplados en los artículos 8º a 19º de la citada Ley 256, razón por la que la evocación del artículo 7º no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal.

En consecuencia, como las conductas denunciadas configuraron el acto desleal de confusión, engaño, explotación de la reputación ajena y desviación de clientela, según se explicó, no es posible acoger la pretensión fundada en el ya mencionado artículo 7º de la Ley 256 de 1996.

2.6. Perjuicios:

Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil, que resulta pertinente en tanto que las normas sobre competencia desleal son entendidas como una especie de aquella⁶², ha precisado el papel principalísimo del daño en la conformación de la estructura de la comentada institución, porque “dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé

⁶¹ En esta providencia no se hará referencia a la denominada singularidad competitiva que debe caracterizar a la prestación mercantil o iniciativa empresarial objeto del acto desleal de imitación, en tanto que no es un aspecto necesario para resolver el asunto *sub lite*.

⁶² Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 004 de julio 29 de 2008.

Sentencia N° 0051 de 2011

responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria” (se subraya, Cas. Civ. Sent. de abril 4 de 2001, exp. 5502).

En consonancia con el artículo 177 del C. de P. C. “*incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama, de modo que no le es dado a éste conformarse con probar simplemente el incumplimiento, por parte del demandado, de la obligación genérica o específica de que se trate, puesto que la infracción de la misma no lleva ineludiblemente consigo la producción de perjuicios*” (Cas. Civ. Sent. de julio 27 de 2001, exp. 5860), perjuicio que, para ser indemnizable, debe ser cierto, esto es, “*que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha*” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. de mayo 21 de 1998, exp. 10.479).

La utilización de una marca similar por parte de la demandada para identificar un producto de la misma naturaleza, por las particulares condiciones en que éste se comercializó, generó que las utilidades reportadas por la pasiva provenientes de las ventas del producto “LA NUEVA LECHE” durante el periodo en el que se realizaron los actos desleales, fueran ingresos que Comlemo dejara de percibir por la comercialización de su producto “LA GRAN VIA”, de tal suerte que la acreditación del primero de los anotados elementos se encuentre superado.

El anterior criterio de clasificación del perjuicio corresponde al concepto de lucro cesante, alusivo a la frustración del aumento del patrimonio, no a la disminución inmediata de los ingresos del demandante, en tanto está demostrado que Comlemo no sufrió una merma en sus ingresos con ocasión de la venta del producto “LA NUEVA LECHE” de los demandados, es más, acorde con el dictamen pericial al que en párrafos siguientes se referirá el Despacho, la demandada aumentó su nivel de ingresos durante el período comprendido entre 2003 a 2007⁶³. Sin perjuicio de la anterior conclusión, resulta claro que las ventas de la actora podrían haber sido superiores de no hallarse en el mercado un producto como el de la pasiva que, se insiste, genero confusión con el producto “LA GRAN VIA” y, por ello, a título de lucro cesante deberá tasarse la disminución que en sus ingresos ocasionó en forma prolongada la actuación de la sociedad demandada, como pasa a explicarse y, sobre todo, porque los criterios previstos en la Decisión 486 de 2000 así lo permiten.

Ciertamente, con el propósito de cuantificar el valor del daño a la actora, se practicó un dictamen pericial a través del cual pretendía establecer, entre otros, cuánto dejó de vender Comlemo con ocasión de la comercialización por parte de la demandada del producto denominado “LA NUEVA LECHE”, experticia que arrojó como resultado que entre agosto de 2003 –fecha en la cual comenzó la distribución del referido producto por parte de la pasiva- y el mes de mayo de 2007 –fecha en la que se presentó la presente demanda-, la demandada reportaba un volumen de ventas netas de catorce mil seiscientos ochenta y tres millones cuatrocientos ochenta mil seiscientos veintiocho pesos (\$14.683.480.628)⁶⁴, un volumen de ventas brutas de catorce mil ochocientos cincuenta y nueve millones veintiun mil quinientos

⁶³ “...el comportamiento anual porcentual de las ventas realizadas por la COMPAÑÍA LECHERA DE EL MORTIÑO COMLEMO LTDA., en donde para el año 2003 la variación se ubicó en el 6,35% y año tras año dicho comportamiento porcentual se fue incrementando hasta llegar a sus niveles más altos en los años 2006 y 2007, donde alcanzó a llegar al 22,78% y 41,16% respectivamente, quiere decir que la empresa logró un excelente posicionamiento en el mercado con su producto denominado (LECHE LA GRAN VÍA).” Fl. 162 cdno. 3.

⁶⁴ Fl. 160 cdno. 3.

Sentencia N° 0051 de 2011

trece pesos (\$14.859.021.513)⁶⁵ y un reporte de utilidades de setecientos cincuenta millones trescientos cincuenta y cuatro mil ochenta y un pesos (\$750.354.081)⁶⁶.

Por considerarlo aplicable al caso, es necesario acudir a las previsiones del artículo 243 de la Decisión 486 de 2000, según la cual, la tasación de los perjuicios solicitados responde a tres criterios y, acreditado alguno de ellos, deberá servir para calcular el monto la indemnización, a saber, *“a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción; b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o, c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido”* (subraya fuera de texto), segunda de las mencionadas circunstancias que el Despacho acogerá para condenar a José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño, a indemnizar a Comlemo por la comercialización del producto denominado “LA NUEVA LECHE”.

Para ese efecto, es necesario precisar que aún cuando la conclusión de la auxiliar de la justicia es válida, su experticia será acogida de manera parcial, pues revisada la información aportada por ésta y al analizar el numeral 2.1.10 del acápite de hechos probados, donde se tiene por acreditada la comercialización por parte de la pasiva, del producto leche denominado “LA NUEVA LECHE” desde el primero de julio de 2005⁶⁷, se extrae que sus cálculos partieron del valor de las utilidades o beneficios producto de la venta de “LA NUEVA LECHE” reportados por cada año contable de la pasiva, atendiendo a un periodo mayor al que se encuentra probado de comercialización del producto “LA NUEVA LECHE” con la presentación y características analizadas a lo largo de la presente providencia.

Por lo anterior, con apoyo en los datos consignados en el cuadro “E” denominado por la auxiliar de la justicia “CUADRO COMPARATIVO DEL REGISTRO DE PERDIDAS Y GANANCIAS DEL SEÑOR JOSÉ MAURICIO PINZON CUBILLOS C.C. No. 11.343.220 PRODUCTO: LECHE MARCA “LA NUEVA LECHE” que reposa en el expediente (fl. 134 cdno. 3), se establecerá el valor real de la utilidad que obtuvo la pasiva en el periodo comprendido entre el mes de julio de 2005 a mayo de 2007, lapso en el que se encuentra probada la comercialización de “LA NUEVA LECHE” con presentación y características similares al producto de la activa.

En el siguiente cuadro se refleja la cuantificación del perjuicio causado a la actora:

ITEM	ESTADOS DE RESULTADOS / MES Y AÑO	TOTAL DEBITOS	TOTAL CRÉDITOS	TOTAL GANANCIA O PERDIDA DEL EJERCICIO	
				PERDIDA	GANANCIA
1.	Julio/2005	\$364.343.830	\$351.832.385	\$12.511.445	
2.	Agosto/2005	\$352.449.499	\$344.627.835	\$7.821.664	
3.	Septiembre/2005	\$304.221.858	\$309.717.347		\$5.495.489
4.	Octubre/2005	\$287.684.957	\$295.337.200		\$7.652.243
5.	Noviembre/2005	\$258.724.287	\$272.754.688		\$14.030.401
6.	Diciembre/2005	\$296.077.226	\$326.128.691		\$30.051.465
7.	Enero/2006	\$316.055.782	\$318.809.218		\$2.753.436
8.	Febrero/2006	\$265.987.214	\$275.104.144		\$9.116.930
9.	Marzo/2006	\$278.741.403	\$308.885.150		\$30.143.747
10.	Abril/2006	\$247.361.656	\$275.152.403		\$27.790.747

⁶⁵ Fl. 160 cdno. 3.

⁶⁶ Fl. 160 cdno. 3.

⁶⁷ Por las razones contenidas en el numeral 2.5.1. en el que se aborda el estudio de la excepción de prescripción.

Sentencia N° 0051 de 2011

11.	Mayo/2006	\$306.702.732	\$311.618.850		\$4.916.118
12.	Junio/2006	\$293.474.601	\$306.926.539		\$13.451.938
13.	Julio/2006	\$283.381.804	\$304.185.538		\$20.803.734
14.	Agosto/2006	\$294.418.499	\$313.618.565		\$19.200.066
15.	Septiembre/2006	\$304.446.310	\$320.760.058		\$16.313.748
16.	Octubre/2006	\$310.951.810	\$328.296.585		\$17.344.775
17.	Noviembre/2006	\$350.414.082	\$355.973.560		\$5.559.478
18.	Diciembre/2006	\$518.889.217	\$375.595.846	\$143.293.371	
19.	Enero/2007	\$348.632.552	\$371.229.100		\$22.596.548
20.	Febrero/2007	\$352.558.605	\$375.077.550		\$22.518.945
21.	Marzo/2007	\$369.014.421	\$395.348.099		\$26.333.678
22.	Abril/2007	\$447.606.352	\$510.377.950		\$62.771.598
23.	Mayo/2007	\$433.293.153	\$469.977.825		\$36.684.672
GRAN TOTAL DE PERDIDAS Y GANANCIAS DEL EJERCICIO				\$176.968.528	\$395.529.756
GRAN TOTAL UTILIDADES					\$395.529.756

Se tiene entonces que la sumatoria de los totales arrojados mes por mes, dan en favor de la actora el monto de **trescientos noventa y cinco millones quinientos veintinueve mil setecientos cincuenta y seis pesos (\$395.529.756)**, sin embargo, es preciso adicionar que a la suma antes anotada, que constituye la utilidad obtenida por los demandados y a su vez, el daño soportado por Comlemo, desde que los demandados comenzaron a realizar las conductas que fueron señaladas como desleales en el mes de julio de 2005, aseveración que encuentra sustento en que no está acreditada la ejecución de tales actos en períodos anteriores, hasta el momento de presentación de la demanda, es decir, el 24 de abril de 2007, debe sumarsele el valor correspondiente a la corrección monetaria, para lo cual se dará aplicación a la siguiente fórmula:

$$\text{Valor presente} = \text{Valor histórico} \times (\text{I.P.C. actual} \div \text{I.P.C. inicial}).$$

Al despejar la formula planteada, tenemos que el valor presente de las utilidades percibidas por la parte pasiva, asciende a la suma de **cuatrocientos ochenta y cinco millones sesenta y tres mil ciento setenta y ocho pesos con treinta y ocho centavos (\$485.063.178.38)**, que deberán ser cancelados a Comlemo a título de indemnización de perjuicios y que se encuentran a cargo de José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño, dicha cantidad deberá ser pagada dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Pasado este término, dicha sociedad mercantil deberá reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.

DECISIÓN

En mérito de la expuesto, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que los señores **José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño** incurrieron en los actos de competencia desleal de confusión (art. 10 ley 256/96) y desviación de clientela (art. 8 ley 256/96), de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que los señores **José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño** no incurrieron en los actos de competencia desleal de engaño (art. 11 ley

Sentencia N° 0051 de 2011

256/96), de explotación de la reputación ajena (art. 15 ley 256/96), de imitación (art. 14 ley 256/96) y en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7° de la ley 256 de 1996, relacionado con la prohibición general, de conformidad con las razones expuestas.

TERCERO: PROHÍBASE a los señores **José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño**, inmediata y definitivamente la distribución y comercialización de la leche y demás productos en empaques idénticos o similares a los de la **Compañía Lechera de El Mortiño – Comlemo Ltda.**

CUARTO: CONDENAR a **José Mauricio Pinzón Cubillos y María Isabel Rivera Triviño**, a pagar a favor de la **Compañía Lechera de El Mortiño – Comlemo Ltda.**, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de **cuatrocientos ochenta y cinco millones sesenta y tres mil ciento setenta y ocho pesos con treinta y ocho centavos (\$485.063.178.38)**. Pasado ese término, aquellas deberán reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.

QUINTO: Condenar a la parte demandada al pago de las costas del proceso. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO

Sentencia para el cuaderno 3.

Doctor
HERNANDO ANDRÉS IZQUIERDO AGUIRRE
C.C. No.79.941.658 de Bogotá
T.P. No. 133.196 del C. S de la J.
Apoderado **COMPAÑÍA LECHERA DE EL MORTIÑO – COMLEMO LTDA. -**

Doctora:
CLAUDIA MARCELA RODRÍGUEZ SANTOS
C.C No. 52.145.191
T. P. No. 111.223 del C. S. de la J.
Apoderada – **JOSÉ MAURICIO PINZÓN CUBILLOS y MARIA ISABEL RIVERA TRIVIÑO.**