

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrada Sustanciadora: María Patricia Cruz Miranda

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Asunto: Proceso verbal (propiedad intelectual y competencia desleal) de Industria Licorera de Caldas contra Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia Eice.

Radicado. 01 2023 12237 01 - 02

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso la demandada contra los autos n.º 135402 y 142278 que profirió la Superintendencia de Industria y Comercio¹ el 20 de noviembre y el 6 de diciembre de 2023, dentro de este asunto.

ANTECEDENTES

1. La sociedad Industria Licorera de Caldas, en adelante ILC, con fundamento en los artículos 31 de la Ley 256 de 1996, 246 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones y el 590 del Código General del Proceso, solicitó en contra de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, en lo sucesivo FLA, por la comisión de los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7º, 8º, 10º, 14º y 15º de las Ley 256 de 1996², el decreto de medidas cautelares.

2. A través del primero de los proveídos impugnados³, la Delegatura, luego de exponer las consideraciones por las cuales accedía a ellas, ordenó prestar caución por la suma de \$1.000.000.000.oo y,

¹ Con fecha de reparto del 31 de enero de 2024.

² Pág. 8. 23512237--0000000004.pdf. 001-PRESENTACION DEMANDA. 2023-512237-TRIBUNAL. SuperintendenciaDeIndustria&ComercioSIC.

³2023135402AU0000000001.pdf. 006-AUTO 135402-ORDENA PRESTAR CAUCION. 2023-512237-TRIBUNAL. SuperintendenciaDeIndustria&ComercioSIC.

por medio del segundo auto⁴, admitió la demanda y decretó las siguientes cautelas:

“(i) Ordenar a FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA EICE retirar inmediatamente del mercado colombiano los productos identificados como «Aguardiente Real» que reproduzcan o se asemejen a la presentación del «Aguardiente Amarillo de Manzanares», producido por INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS.

(ii) Ordenar a FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA EICE abstenerse inmediatamente de promocionar y comercializar en el mercado colombiano el «Aguardiente Real» que reproduzca o se asemeje a la presentación utilizada en la actualidad y que se asemeja a la puesta en el mercado por INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS a través del «Aguardiente Amarillo de Manzanares».

(iii) Ordenar a FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA EICE modificar la presentación del producto «Aguardiente Real» a fin de que se aleje o diste su presentación de aquella utilizada en el comercio por parte de INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS para ofrecer el producto «Aguardiente Amarillo de Manzanares»”

Para proceder así, en síntesis, adujo que tenía sustento en la comprobación preliminar de la conducta descrita en el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, referida al acto de explotación de la reputación ajena, como una forma parasitaria de competir, puesto la FLA asemejó su nuevo producto al que la ILC comercializaba desde hace varios años, sin hacer un esfuerzo propio para ganar la clientela; empero, aclaró, que no se trataba de restringir el surgimiento de otras ofertas que se tomen en consideración a las de los competidores exitosos, *“pero en ningún caso puede admitirse que se dé una apropiación pura y simple del esfuerzo ajeno mediante la reproducción de las ofertas rivales”*⁵ .

Adicionó, que FLA no adoptó las medidas necesarias para distar su producto de aquel que hasta hace poco *“era el único oferente en el mercado de un aguardiente de este tipo. Ciertamente, si la ILC desde 1885 comercializa el Aguardiente Amarillo de Manzanares, si identifica su prestación con una botella cilíndrica de vidrio transparente, si en lugar de etiquetas de papel emplea letras estampadas en el cristal de la botella*

⁴ 2023142278AU0000000001.pdf. 010-AUTO POR EL CUAL SE DECRETAN UNAS MEDIDAS CAUTELARES. 2023-512237-TRIBUNAL. SuperintendenciaDeIndustria&ComercioSIC.

⁵ ARROYO APARICIO, Alicia. Explotación de la reputación ajena. En: RODRÍGUEZ-CANO, Alberto Bercovitz (dir.). Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. 1 ed. Cizur Menor (Navarra), España: Editorial Aranzadi S.A., Thomson Reuters (Legal) Limited. 2011, p. 320.

las cuales, además, son de color verde, con un tipo de tapa corcho específico; es claro que si la FLA reproduce integralmente estos elementos, no llevó a cabo ningún esfuerzo significativo por distinguir o diferenciar lo suficiente su nueva prestación mercantil y, por el contrario, tomó el camino más cómodo eligiendo una combinación de elementos identificatorios ya usados y afianzados por la solicitante cautelar, amén de que la tonalidad amarilla del licor anisado es muy similar.”

3. Inconforme, FLA interpuso recurso de apelación⁶. Cimentó su disenso en que **(i)** para el decreto de una medida cautelar se exige prueba de la afectación actual o potencial de los intereses del supuesto afectado, carga que no cumplió el demandante; **(ii)** en el proveído fustigado se avizora la existencia de un acto desleal por el uso de una botella cilíndrica transparente estampada con letras verdes, una tapa de corcho y la tonalidad amarilla del licor, pero no se estudia el tema a profundidad (seguido de lo cual examinó esos elementos); **(iii)** no se analizó la necesidad, proporcionalidad y efectividad de la medida en los términos del artículo 590 del Código General del Proceso; **(iv)** la caución de \$1.000.000.000 prestada no cubre los eventuales perjuicios causados por sacar el producto del mercado y retirar el material publicitario y, **(v)** se extraña motivación que sustente el monto de caución fijado.

La Delegatura, concedió la alzada en el efecto devolutivo.

CONSIDERACIONES

1. Varios aspectos a tener en cuenta: el primero, lo que acá se resuelva en modo alguno implica prejuzgamiento sobre los presuntos actos de vulneración a la propiedad industrial y competencia desleal, si se tiene en cuenta que el artículo 590 del Código General el Proceso le impone al funcionario judicial el deber de apreciar la apariencia del buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida cautelar, tarea donde necesariamente

⁶ 23512237--0001800005.pdf. 012-PRESENTACION RECURSO APELACION. 2023-512237-TRIBUNAL. SuperintendenciaDeIndustria&ComercioSIC.

debe acudir a las pretensiones, sin que ello implique la orientación que podría dársele a la futura solución de la controversia.

El segundo, para dar cumplimiento al artículo 326 del CGP, el Despacho resolverá con los mismos elementos de juicio que tuvo la juez *a quo* al momento de decretar las medidas cautelares; de tal manera que los diferentes memoriales y pruebas allegadas a esta sede por personas hasta ahora ajenas a la controversia, quienes pretenden se les reconozca como coadyuvantes de la parte demandada, no serán considerados, principalmente, porque tal determinación corresponde a la Delegatura de la SIC, es decir, no es materia sobre la que aún el Despacho deba efectuar pronunciamiento y porque, además, el trámite previo a la apelación de este auto, previsto en la citada norma, ya se surtió ante la sede de la primera instancia.

Y, el tercero, que se relaciona con la anterior cuestión, tiene que ver con el límite del recurso de apelación, esto es, con los reparos concretos formulados por la apelante, si se tiene en cuenta que la facultad para resolver la alzada está totalmente reglada, conforme a los artículos 327 y siguientes de la codificación citada.

2. Para resolver el tema materia de apelación, se recuerda que el artículo 31 de la Ley 256 de 1996 previene que “*comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma*”, el juez podrá, a solicitud de persona legitimada, “*ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes*”. A lo que adiciona que “*Las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil.*”, éstas últimas normas fueron sustituidas por los artículos 588 a 597 del Código General del Proceso.

Por su parte el artículo 247 de la Decisión 486 de 2000 previene que: “*Una medida cautelar sólo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión*

de la infracción o su inminencia. La autoridad nacional competente podrá requerir que quien pida la medida otorgue caución o garantía suficientes antes de ordenarla.”

Como fácilmente se puede apreciar, existe cierta incompatibilidad entre la norma interna y la comunitaria pues mientras la primera exige que **esté comprobada** la realización de un acto de competencia desleal, o su inminencia; la comunitaria sólo pide **pruebas que permitan presumir** razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia; prevalece entonces la norma comunitaria⁷, en virtud del principio de preeminencia (denominado también de primacía)

Al respecto la Corte Constitucional⁸ sostiene que:

“El derecho comunitario se distingue por ser un derecho que apunta hacia la integración y no solamente hacia la cooperación. Igualmente, es un derecho que no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquél que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto. Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales.”

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁹, sobre el comentado artículo 247 y las demás que atañen a las medidas cautelares previstas en la Decisión 486 de 2000 compiló los requisitos para el trámite de las medidas cautelares, así:

⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 735 IP 2018, entre muchas otras interpretaciones.

⁸ Corte Const. Sentencia C- 231 de 1991

⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 198 IP 2020

"**Objeto.** las medidas cautelares recaerán sobre los productos que resulten de la infracción, así como de los materiales o medios que sirvieron para cometerla.

Sujetos activos. La norma dice que se podrá solicitar medidas cautelares por quien acredite legitimación para actuar, pero no dice quién tiene legitimación activa. Por coherencia y lógica, los legitimados para solicitarla son los mismos legitimados para iniciar el proceso de infracción de derechos de propiedad industrial: el titular del derecho protegido.

La existencia del derecho infringido. Si no hay derecho infringido no habría nada que salvaguardar.

Presentación de pruebas que hagan presumir razonablemente la infracción o su inminencia. Todos los medios probatorios admitidos en la normativa interna se pueden usar para probar la infracción o la inminencia de infracción. **Es muy importante tener en cuenta que para decretar la medida cautelar no se debe probar la infracción, ya que esto es algo que se prueba en el proceso de infracción.** La autoridad competente para decretar las medidas cautelares debe determinar, de conformidad con las pruebas presentadas, si hay indicios que hagan pensar que sí puede haberse cometido la infracción. Las medidas cautelares, como efecto, no se decretan por haberlas solicitado el interesado, sino porque de los documentos y demás pruebas presentadas claramente se puede presumir o suponer que sí se cometió la infracción. (negrita y subrayas fuera del texto original)

Garantía o caución. La autoridad nacional competente puede requerir una garantía antes de ordenar las mencionadas medidas. La garantía o caución debe ser suficiente para resarcir los perjuicios que pueden ocasionarse con la ejecución de las medidas.

Información de los productos sobre los que recaerá la medida cautelar. El solicitante deberá determinar con toda exactitud los productos sobre los que recaerá la medida cautelar. Si la medida cautelar tiene que ver con productos específicos, el solicitante deberá determinarlos claramente para que puedan ser identificados."

3. De esas disposiciones normativas surgen los principales presupuestos que se deben satisfacer a efectos de acceder a la solicitud de medidas cautelares, como son: **i)** legitimación por activa; **ii)** la existencia del derecho infringido; **iii)** prueba sumaria de la infracción; **iv)** estar presente la apariencia del buen derecho; **v)** indicar la manera como se pretende evitar la perturbación de sus derechos y, **vi)** prestar

la caución que garantice la indemnización de los perjuicios que se puedan causar.

3.1 En cuanto a la legitimación por activa, es evidente que la tiene la demandante, ILC, por ser la titular de los derechos de propiedad industrial que pretende proteger con las medidas cautelares.

3.2 En relación con el derecho infringido, en la demanda se afirmó y se allegó prueba, conforme puede verse en el archivo que contiene los anexos de la demanda, de que sobre el “AGUARDIENTE AMARILLO DE MANZANARES”, la Industria Licorera de Caldas es titular de la marca nominativa registrada en la Clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza con Certificado de Registro No. 537525 para AGUARDIENTES expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio; de la marca mixta registrada en la Clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza con Certificado de Registro No. 298420 para AGUARDIENTES expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio; es titular del lema comercial PONLE COLOR A LA VIDA asociado a la marca AGUARDIENTE AMARILLO DE MANZANARES con Certificado de Registro No. 573706 de la Clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Asimismo, que presentó solicitud de registro de la marca comercial de “COLOR QUE CONSISTE EN EL COLOR AMARILLO IDENTIFICADO CON EL PANTONE 123 C DELIMITADO POR LA FORMA DE UNA BOTELLA” para distinguir productos comprendidos en la Clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza que se tramita bajo el expediente No. SD2022/0113828 ante la Superintendencia de Industria y Comercio; y solicitud de registro de la marca comercial tridimensional para proteger la botella en la que comercializa el AGUARDIENTE AMARILLO DE MANZANARES, para diferenciar productos comprendidos en la Clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza que se tramita bajo el expediente No. SD2022/0098299 ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Y se sostiene también en el libelo que la FLA al hacer el lanzamiento de un aguardiente de color amarillo bajo la nominación de “AGUARDIENTE REAL”, violó varios de esos derechos que pertenecen a la ILC.

De esta manera se satisfizo el segundo requisito.

3.3 En lo que tiene que ver con la prueba sumaria de la infracción, es necesario considerar que, como lo sostuvo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para decretar la medida no se debe probar plenamente la infracción, puesto que ello ha de ser objeto del litigio; acá lo que le corresponde al funcionario judicial es determinar si, de conformidad con las pruebas que se aportaron, afloran indicios que hagan presumir que sí pudo haberse cometido la infracción.

Dicho “análisis debe partir de “indicios razonables” que permitan llegar a la conclusión de que los actos realizados por la demandada podrían perjudicar a otro competidor en el mercado. Por “indicio razonable” se debe entender todo hecho, acto u omisión del que, por vía de inferencia, pueda generar una gran probabilidad de que el acto se haya realizado con el ánimo de cometer un acto de competencia desleal”¹⁰

3.3.1 Dentro del estudio que hizo la funcionaria de primer grado, encontró como conducta reprochable de la demandada la explotación de la reputación ajena, prevista como desleal en el artículo 15 de la Ley 256 de 1996 y, aunque es un juicio a priori, la parte demandante adjuntó pruebas que hacen presumir que es muy probable la referida infracción, sin que se descarten las demás que se invocaron.

Lo anterior porque la explotación de la reputación ajena, a voces del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹¹ “no sólo está dirigida a aprovecharse de la notoriedad de un signo distintivo, sino del posicionamiento de un producto como tal, de la fama y prestigio de la

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 306 IP 2017

¹¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 25 IP 2017

organización empresarial, o inclusive de la honestidad y transparencia en la venta de un producto o en la presentación de un servicio, entre otras situaciones que podrían constituir la imagen de una empresa.”, razón por la que debe repudiarse porque “Posicionarse empresarialmente es una fuerte tarea logística”, y “Permitir que de manera velada otro competidor se aproveche de dicha situación, es en últimas permitir que el posicionamiento en el mercado se vaya diluyendo, generando con estos una erosión sistemática de la ubicación de un empresario en el mercado.”

“En este caso, es muy importante tener en cuenta que la acción de aprovechar, es decir, de utilizar en su beneficio el prestigio ajeno es lo que se debe sancionar, ya que esto genera un deterioro sistemático de la posición empresarial”¹²

Acá, como lo concluyó la jueza de instancia, no hay duda que el aguardiente amarillo de Manzanares, que produce y comercializa la ILC, está posicionado en el mercado de los licores; tarea que, conforme a la prueba documental que se aportó, comenzó al menos en 1995 cuando el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, le concedió registro sanitario a la Industria Licorera de Caldas para elaborar y vender el producto “AGUARDIENTE AMARILLO DE MANZANARES”; posicionamiento del que da cuenta el estudio de reconocimiento de esa marca, de 31 de agosto de 2023 de Datexco, cuyo objeto recayó en “*identificar el **Top of Mind** de la marca, de su color, de su botella y de la recordación generada, con el fin de salvaguardar su imagen e identidad única y asegurar su diferenciación y reconocimiento entre los consumidores y en el sector licorero en general.*”.

Pero para llegar a las conclusiones de ese estudio, referidas al consumo de “aguardiente Amarillo de Manzanares” en un determinado tiempo en un porcentaje del 86% de consumo; con un 99% de asociación del color (pantone C123) que es el que tiene ese licor; con

¹² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 306 IP 2017

una relevancia del color en la decisión del compra de 39% y un reconocimiento de la botella del 73%, a no dudarlo, la ILC ha tenido que realizar cuantiosas inversiones publicitarias para apalancar y posicionar el producto, como se afirma en la demanda, lo certifica su auditor externo y lo demuestra el registro fotográfico de esa publicidad que a la demanda se allegó.

Posicionamiento del que, por ahora se puede conjeturar, se aprovechó la FLA para lanzar al mercado su aguardiente amarillo “REAL”, sin efectuar un mayor esfuerzo para diferenciarlo del que produce y comercializa la ILC, según las pruebas que se aportaron, como pasa a verse.

3.3.2 Sobre el vestido comercial del producto o “*trade dress*”, que también puede ser objeto de competencia desleal mediante la conducta de explotación de la reputación ajena, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina lo define como “*la suma de los elementos decorativos y de presentación que identifican un producto o establecimiento y que por su presentación generan una percepción distintiva en la mente del consumidor.*”¹³

Y ha determinado que: “*En el caso de los productos se tomará en cuenta la apariencia visual integral, referente al tamaño, forma, combinación de colores, textura, formato de letras, gráficos, modalidades de oferta, empaques, incluye protección del carácter distintivo de la interface y el diseño de elementos de una página web.*”¹⁴

Acá, a la solicitud de medida cautelar, como prueba de esa infracción la demandante acompañó **a)** los videos publicados en la cuenta @antioquenofla de Instagram de la FLA, de los cuales resaltó la presentación del producto Aguardiente Real y los colores de la publicidad:

¹³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 66 IP 2014

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 66 IP 2014



b) Piezas publicitarias de Aguardiente Amarillo de Manzanares:



Al efectuar una simple comparación de esos productos, su apariencia visual integral es muy similar, nótese el estampado verde sobre la botella de cristal transparente que especifica su nombre y demás características, lo que unido al color amarillo del líquido hace que su presentación sea parecida.

En tal sentido ha de verse que, las pretensiones de la demanda están fundamentadas en la comercialización y publicidad de un producto (Aguardiente Real) que presuntamente copia el “*trade dress*” por implementar un color amarillo, un esquema gráfico y un diseño de

las botellas similar, lo cual genera una pérdida en la fuerza distintiva del Aguardiente Amarillo de Manzanares.

Ahora, el asemejar un producto a otro que ha tenido acogida por los consumidores, no está prohibido por el acto de explotación de la reputación ajena, es más, a los empresarios no les está vedado imitar una prestación mercantil exitosa, por cuanto ello dinamiza el mercado favoreciendo a los consumidores, quienes encuentran más opciones a escoger, a distintos precios y calidades; no obstante, *“existen dos límites al derecho de imitación: primero, el deber de respetar la propiedad intelectual de terceros (derechos de autor, derechos sobre signos distintivos, derechos sobre patentes de invención, derechos sobre diseños y otros); y, segundo, un deber de diferenciación del empresario en observancia de la buena fe comercial, evitando caer en actos de competencia desleal por confusión, imitación sistemática o explotación indebida de la reputación ajena”* ¹⁵.

Límites, que la demandada desconoció al lanzar al mercado su producto “AGUARDIENTE REAL”, porque al decir de la demandante no respetó los derechos sobre signos distintivos y otros que sobre el “AGUARDIENTE AMARILLO DE MANZANARES” probó tener; además, la convocada, al momento de efectuar el lanzamiento de su aguardiente no hizo un mayor esfuerzo para que su producto se diferenciara del que ya tenía un reconocimiento en el mercado, como se resaltó con antelación. Así se infiere, de las pruebas a las que se ha hecho alusión, puesto que, como afirma en el auto apelado, *“la imagen, forma de oferta, publicidad, paleta de colores, no cuenta con unos elementos singulares suficientes para distar del aguardiente amarillo de ILC.”*

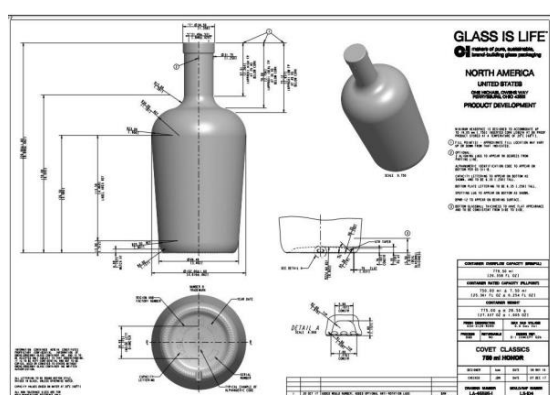
Por tanto, lo que se censura no es la irrupción en el mercado del aguardiente “REAL”, porque eso es sano para la competencia y en especial para los consumidores, el reproche entonces recae porque a propósito de esa incursión la demandada utilizó elementos distintivos del producto que ya estaba posicionado en el mercado y de los cuales

¹⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 66 IP 2014

la convocante sostiene tener derechos protegidos, tema que necesariamente será objeto del juicio que se prosiga.

3.3.3 Al sustentar el recurso, sobre ese preciso tema, la parte convocada reparó en lo siguiente:

a) La botella utilizada por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia es cónica con un ángulo de inclinación más pronunciado y fue implementada por primera vez en el Ron Medellín Soltera 19 años, el cual tiene registro sanitario: 2018L-0009624, con fecha del 25 de octubre de 2018:



b) El uso de letras verdes estampadas en el cristal de la botella para identificar el producto, frente a lo que afirma se inspiró en la etiqueta utilizada previamente en el Aguardiente Antioqueño Real 29 Sin Azúcar:



c) Finalmente, afirmó que la implementación del color en el producto no constituye una práctica que contravenga los derechos de propiedad industrial toda vez que la demandante no es titular exclusiva del color amarillo, de forma tal destaca que existen varios aguardientes de dicha tonalidad en el mercado así:



Amarillo de Manzanares Platino Gold Néctar Dorado Antioqueño Real

No obstante la validez que pudiesen tener los argumentos en que se sustentan los reparos de la convocada, los que necesariamente debe ser tema de debate dentro del juicio, lo cierto es que las pruebas hasta el momento traídas al asunto infieren que las actuaciones desplegadas por la demandada para la comercialización de su “Aguardiente Real” podría ocasionar, además, una confusión con el “Aguardiente Amarillo de Manzanares” por aspectos evidentes como los colores, el tipo de fuente utilizado y algunas situaciones relacionadas con la marca, junto con la publicidad que sobre él se desplegó.

En esas condiciones, si bien el uso de un color no está prohibido, como lo arguye la apelante, a menos que sobre él exista un derecho

marcario (acá ese aspecto está en trámite) cuando se le suman otras coincidencias como las que se anotaron en la providencia que se cuestiona, referidas al estampado en una botella cilíndrica de vidrio transparente, si en lugar de etiquetas de papel emplea letras estampadas en el cristal de la botella las son de color verde, con un tipo de tapa corcho específico, es decir, la reproducción de algunos elementos y características del producto ya posicionado, se puede presumir que la convocada no hizo ningún esfuerzo por diferenciar su producto, aguardiente Real, respecto del que ya tiene algunos derechos reconocidos la ILC sobre el aguardiente Amarillo de Manzanares, lo que resultaba suficiente para el decreto de las medidas cautelares.

3.4 Con relación a la apariencia del buen derecho, “*fumus boni iuris*”, para su configuración, le bastaba al demandante aportar un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia, en otras palabras, si la solicitud resulta factible en el marco de la protección a la sana y leal competencia, proceder que no constituye un prejuzgamiento, sino el examen de probabilidad de éxito de la cautela.

Entonces, el principio de prueba que acá se necesitaría estaría constituido por la prueba sumaria de la existencia del hecho, al que se hizo ya alusión, de donde también surge el *periculum in mora*, esto es, que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo que dure el proceso.

Obviamente, que una vez se trabe la relación jurídica procesal la sociedad demandada podrá desvirtuar esa apariencia de buen derecho, con medios probatorios que indiquen que su conducta, sobre los hechos en que se sustenta el libelo, no está incurrida en ninguno de esos actos de competencia desleal, que a ese fin deberá estar dirigida su defensa.

Lo anterior basta para tener por acreditado el aspecto atinente a la apariencia del buen derecho.

3.5. Ahora, en lo que atañe al presupuesto de indicar la manera como se pretende evitar la perturbación de los derechos de la sociedad actora, fijese que el mismo quedó plasmado en las pretensiones que se citaron en la parte inicial de este auto, referidas ellas a hacer cesar de manera inmediata la producción, comercialización, distribución, exportación y publicidad del “Aguardiente Real” de color amarillo; hacer retirar del mercado los productos resultantes de la presunta infracción; y hacer cesar los actos de competencia desleal.

3.6 En cuanto a la proporcionalidad, efectividad y necesidad de la medida, dichos elementos se constataron bajo las consideraciones ya efectuadas, además, las medidas cautelares son necesarias para garantizar la cesación de los actos derivados de la competencia desleal y que vulneren la propiedad industrial, fin que únicamente puede salvaguardarse mediante el retiro temporal del producto controvertido del mercado, en las condiciones que se hizo su lanzamiento, mientras la autoridad judicial dirima de manera definitiva el asunto.

3.7 En lo que corresponde con el último presupuesto, esto es, prestar la caución que garantice la indemnización de los perjuicios que se puedan causar, si bien es cierto acá la funcionaria de la primera instancia fijó la caución en la suma de mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00) y la parte demandante la prestó, con lo que en principio se encontraría superado el tema, la sociedad convocada apeló tal auto.

Al efecto, sólo habría que decir que el monto de esa caución no se compadece con la naturaleza de las medidas cautelares decretadas, pues se le ordena a la sociedad demandada actos de abstención en relación con la publicidad y comercialización de su producto. Fijese que en el evento de no progresar las pretensiones, con esa suma el perjuicio a resarcir a la convocada sería ínfimo en cuanto a las pérdidas y lucro cesante generado. Sobre este particular, memórese que si bien el artículo 590 del Código General del Proceso estima que por regla general se habrá de prestar caución por el 20% de las pretensiones de la demanda, la normativa faculta al juez de fijar un monto mayor en

consideración a las condiciones del caso “*cuando lo considere razonable*”.

Luego, en relación con esa inconformidad, le asiste razón a la demandada y, por tanto, se habrá de incrementar tal monto en \$19.000.000.000.00 más, en consideración a **i)** las pérdidas que se pueden ocasionar por el retiro de la publicidad, **ii)** el lucro cesante relacionado con el cese de la comercialización, y **iii)** los productos contenidos en bodegas y el costo de materia prima especificados en el recurso (valorados en \$8.852.000.000.00) etc.

Siendo ello así, no hay posibilidad a ordenar un monto superior al aquí estimado por cuanto la cautela versa sobre el retiro de los productos “*que reproduzcan o se asemejen a la presentación del «Aguardiente Amarillo de Manzanares», producido por INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS.*” y ordena modificar la apariencia del Aguardiente Real Amarillo, lo que permitirá que la sociedad demandada continúe ejerciendo su actividad económica con libertad, siempre que obedezca la directriz de tener otra presentación.

La sociedad convocante deberá adicionar esa caución en la forma y términos que dispuso el funcionario de instancia para la decretada inicialmente.

En mérito de lo dispuesto,

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el Auto n.º135402 que profirió la Superintendencia de Industria y Comercio el 20 de noviembre de 2023, en el sentido de **ADICIONAR** la caución en \$19.000.000.000.00 más, para que Industria Licorera de Caldas, dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a prestarla.

SEGUNDO. CONFIRMAR el Auto n.º142278 que profirió la Superintendencia de Industria y Comercio el 6 de diciembre de 2023,

dentro de este asunto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Sin condena en costas frente a la prosperidad parcial del recurso.

CUARTO. **DEVOLVER** las diligencias a la Delegatura de origen.

Notifíquese y cúmplase,

(firma electrónica)

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

Radicado. 01 2023 12237 01 - 02

(resuelve 2 autos)

Firmado Por:

Maria Patricia Cruz Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b22bf6854dbf03928bdb863062b9b8302f467db09d0a529481b14bca6a6434b6**

Documento generado en 28/06/2024 02:09:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>