

PLAIN PACKAGING,
DESTRUCTOR DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL O PROTECTOR DEL
DERECHO A LA SALUD

CAMILO ERNESTO ORTEGA RODRÍGUEZ

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2018

***PLAIN PACKAGING,*
DESTRUCTOR DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL O PROTECTOR DEL
DERECHO A LA SALUD**

CAMILO ERNESTO ORTEGA RODRÍGUEZ

Monografía para optar por el título de Abogado

**Director:
Dr. OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2018**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“las ideas y conclusiones aportadas en el presente trabajo de grado son responsabilidad del autor”

Artículo 1 del Acuerdo No. 324 del 11 de octubre de 1966, emanado del Honorable Concejo Directivo de la Universidad de Nariño

Por medio de la presente, Camilo Ernesto Ortega Rodríguez actuando en calidad de autor del proyecto investigativo denominado "PLAIN PACKAGING, DESTRUCTOR DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL O PROTECTOR DEL DERECHO A LA SALUD", doy fe de su plena autenticidad y manifiesto que soy plenamente responsable del mismo liberando a la Universidad de Nariño y a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de cualquier responsabilidad que pudiera derivarse en virtud de alguna acción legal contra el referido documento.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Aprobado por la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Nariño en cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y por la misma para optar al título de Abogado.

MARÍA CRISTINA LÓPEZ ERASO.
Jurado

JORGE MIGUEL DULCE SILVA.
Jurado

San Juan De Pasto, Abril Del 2018.

AGRADECIMIENTOS

*“El Hombre Nace Libre, Responsable y Sin Excusas”
Jean Paul Sartre.*

A mi madre, quien con su esfuerzo, trabajo y paciencia ha sabido sacarme adelante a lo largo de toda mi vida, enfrentando las adversidades y superando las vicisitudes que conlleva la crianza, sin ti no habría sido posible el presente trabajo ni la maravillosa vida que me llevó a él. Todo es por ti, gracias mamá.

Al Dr. Luis Diez Canseco Nuñez, hombre de admirables cualidades académicas que sólo se ven superadas por su talante como persona, mi sincero agradecimiento por sugerirme tan apasionante tema de investigación, por confiar en mis capacidades para desarrollarlo y por ser un modelo de la disciplina y el trabajo necesario para alcanzar el éxito. A la Dra. María Ángela Sasaki, mujer de inagotable talento, le agradezco por ser un guía en los momentos de duda y por permitirme aprender y mejorar a través de su ejemplo y enseñanza, que sería de mí sin su amistad.

Al Dr. Omar Alfonso Cárdenas, quien fuere mi profesor desde el primero hasta el último día en la facultad, le agradezco por permitirme conocer los recónditos secretos del derecho privado, por su entrega al momento de asesorar mi trabajo y por demostrarme que la abogacía se ejerce equilibrado el trabajo duro y la pasión por la música. Si existe algún mérito en el presente trabajo es gracias a ellos, si existe algún error o defecto es únicamente mi responsabilidad.

RESUMEN

El empaquetado genérico es la nueva forma de restringir los derechos de propiedad intelectual, todo con el objetivo de eliminar las partes atractivas de la marca buscando reemplazarlas por imágenes de advertencia que muestren los efectos negativos del consumo. Partiendo de la anterior referencia se profundizará en el concepto de propiedad intelectual hasta abordar el concepto de marca, sus clases y sus efectos en cada caso, posteriormente se hablará del concepto de empaquetado genérico, sus características, formas de aplicación, productos y argumentos a favor o en contra del mismo. Finalmente se realizará un análisis legal, constitucional y económico que permitirá determinar la conveniencia de la medida y su grado de adaptación al ordenamiento jurídico colombiano, para finalmente presentar una crítica sobre el tema y una propuesta de implementación acorde con la legislación nacional.

ABSTRAC

Plain Packaging is the new way of restricting intellectual property rights, all with the aim of eliminating the attractive parts of the brand that looked s for the warning that shows the negative effects of consumption. Starting from the previous reference will be deepened in the concept of intellectual property until the concept of brand, its classes and its effects in each case, then the concept of generic packaging, its characteristics, application forms, products and arguments in favor will be expressed or against it. Finally, a legal, constitutional and economic analysis has carried out to determine the suitability of the measure and its degree of adaptation to the Colombian legal system, finally I present a critique on the subject and a proposal for implementation in accordance with national legislation

CONTENIDO

| | pág. |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 14 |
| 1. EL DERECHO DE MARCAS | 15 |
| 1.1 EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA | 15 |
| 1.2 LA PROPIEDAD INTELECTUAL | 15 |
| 1.2.1 Los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial. | 16 |
| 1.2.1.1 El Principio de Temporalidad. | 16 |
| 1.2.1.2 El Principio Registral o Atributivo. | 17 |
| 1.2.1.3 El Principio de Carácter Excluyente. | 17 |
| 1.2.1.4 El Principio del Agotamiento del Derecho. | 17 |
| 1.2.1.5 El Principio de Territorialidad. | 17 |
| 1.2.1.6 El Principio de Ser Ilimitadamente Repetibles. | 17 |
| 1.2.1.7 El Principio de Protección del Esfuerzo Empresarial. | 18 |
| 1.2.1.8 El Principio de Protección al Consumidor. | 18 |
| 1.2.1.9 Otros Principios Relevantes. | 18 |
| 1.2.2 Las Nuevas Creaciones y los Signos Distintivos. | 18 |
| 1.3 LA MARCA | 19 |
| 1.3.1 Las Funciones de la Marca. | 20 |
| 1.3.1.1 La Función Distintiva o de Identificación. | 20 |
| 1.3.1.2 La Función de Indicación de Origen. | 20 |
| 1.3.1.3 La Función de Garantía o Calidad. | 20 |
| 1.3.1.4 La Función de Protección. | 20 |
| 1.3.1.5 La Función de Publicidad. | 21 |
| 1.3.1.6 La Función Condensadora del Good Wil. | 21 |
| 1.3.2 Los Requisitos de Registro. | 21 |
| 1.3.3 Principios del Derecho de Marcas. | 22 |
| 1.3.3.1 El Principio de Independencia de la Marca. | 22 |
| 1.3.3.2 El Principio del Carácter Facultativo. | 22 |
| 1.3.3.3 El Principio de Especialidad. | 22 |
| 1.3.3.4 El Principio del Uso Efectivo de la Marca. | 22 |
| 1.3.3.5 El Principio de No Funcionalidad. | 23 |
| 1.3.4 Los Tipos de Marca. | 23 |
| 1.3.4.1 En Razón de su Forma de Percepción. | 23 |
| 1.3.4.2 En Razón del Beneficio. | 25 |
| 1.3.4.3 En Razón de su Reconocimiento. | 25 |
| 1.3.5 Pérdida del Derecho. | 26 |
| 1.3.5.1 La Nulidad. | 26 |
| 1.3.5.2 Cancelación de la Marca por Falta de Uso. | 26 |
| 1.3.6 Conflictos Entre Marcas. | 27 |
| 1.3.7 El Cotejo Marcario. | 27 |
| 1.3.8 Los Riesgos. | 28 |

| | |
|---|-----------|
| 2. PLAIN PACKAGING | 29 |
| 2.1 EL DERECHO A LA SALUD | 29 |
| 2.2 EL ORIGEN DEL MONSTRUO BLANCO | 29 |
| 2.2.1 Figuras que Antecedan. | 32 |
| 2.3 CONCEPTO, OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS | 33 |
| 2.4 OTROS PRODUCTOS A LOS QUE SE APLICA | 36 |
| 2.4.1 En Alimentos. | 36 |
| 2.4.2 En Fármacos. | 37 |
| 2.4.3 En Licores. | 38 |
| 2.5 EL PUNTO DE DISCUSIÓN | 39 |
| 2.5.1 La Defensa del Empaquetado Genérico. | 39 |
| 2.5.1.1 El Principio De Precaución. | 39 |
| 2.5.1.2 La Disminución del Gasto. | 39 |
| 2.5.1.3 El Convenio Contra el Tabaco. | 39 |
| 2.5.1.4 La Eliminación del Modelo “Atractivo”. | 39 |
| 2.5.1.5 El ADPIC y la Protección de la Salud Pública. | 40 |
| 2.5.1.6 La Afectación Limitada. | 40 |
| 2.5.1.7 Las Regulaciones no Generan Indemnización. | 41 |
| 2.5.2 Los Detractores del <i>Plain Packaging</i> . | 41 |
| 2.5.2.1 Perdida del Carácter Distintivo. | 41 |
| 2.5.2.2 La Pérdida de la Confianza Inversionista. | 41 |
| 2.5.2.3 La Falsificación y Contrabando. | 41 |
| 2.5.2.4 La Perdida Absoluta. | 42 |
| 2.5.2.5 El ADPIC y la Protección a la Marca. | 42 |
| 2.5.2.6 La Expropiación Causa Indemnización. | 42 |
| 2.6 LAS SENTENCIAS JUDICIALES | 43 |
| 2.6.1 Australia. | 43 |
| 2.6.2 Inglaterra. | 44 |
| 2.6.3 Francia. | 44 |
| 3. DESATANDO EL NUDO | 46 |
| 3.1 LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL, COMUNITARIA Y NACIONAL | 46 |
| 3.2 ANÁLISIS LEGAL | 47 |
| 3.2.1 Los Antecedentes Cumplidos. | 47 |
| 3.2.2 Respecto al Incumplimiento de una Obligación Externa. | 47 |
| 3.2.3 Regulación o Expropiación. | 50 |
| 3.2.4 La Pérdida del Carácter Distintivo. | 51 |
| 3.2.5 La Pérdida de la Confianza Inversionista. | 51 |
| 3.2.6 El Incremento del Contrabando y la Falsificación. | 52 |
| 3.3 ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD | 52 |
| 3.3.1 El Contenido y Alcance de las Disposiciones Acusadas. | 52 |
| 3.3.2 Las Reglas del Análisis de Constitucionalidad. | 52 |
| 3.3.2.1 La Implementación Mediante una Norma. | 52 |
| 3.3.2.2 Los Motivos Adecuados que Justifican la Medida. | 52 |
| 3.3.2.3 El Principio de Solidaridad. | 53 |
| 3.3.3 El Núcleo Esencial y los Criterios de Proporcionalidad. | 53 |

| | |
|---|-----------|
| 3.3.3.1 La Constitución no lo Prohíbe. | 54 |
| 3.3.3.2 La Medida es Potencialmente Adecuada. | 54 |
| 3.3.3.3 La Proporcionalidad de la Relación. | 54 |
| 3.3.3.4 El Desconocimiento del Núcleo Esencial. | 55 |
| 3.4 EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED) | 56 |
| 3.5 CRÍTICA SOCIAL AL EMPAQUETADO GENÉRICO Y PROPUESTA DE APLICACIÓN | 57 |
| 4. CONCLUSIONES | 60 |
| RECOMENDACIONES | 61 |
| REFERENCIAS | 62 |

TABLA DE ABREVIATURAS

ADPIC: Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.

CAN: Comunidad Andina.

CN: Constitución Nacional.

CMCT: El Convenio Marco de la OMS Para el Control del Tabaco de 2003

CPPI: Convenio de París Para la Protección de la Propiedad Industrial.

OJ: Ordenamiento Jurídico.

OMC: Organización Mundial del Comercio.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

PP: *Plain Packaging.*

PI: Propiedad Intelectual.

SIC: Superintendencia de Industria y Comercio.

TJCA: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

TPPA: *Tobacco Plain Packaging Act.*

TABLA DE FIGURAS

| | pág. |
|---|-------------|
| Figura 1. Publicidad de Tabaco en los Años 60. | 30 |
| Figura 2. Los Cambios de los Paquetes de Cigarrillo en Uruguay. | 32 |
| Figura 3. Características del Empaquetado Genérico. | 35 |
| Figura 4. Empaques Innovadores de Tabaco. | 36 |
| Figura 5. El PP en Alimentos | 38 |
| Figura 6. El PP en Medicamentos | 38 |

GLOSARIO.

CONSTITUCIÓN: Ley suprema de un Estado, que regula la organización de los poderes públicos y establece las garantías de los derechos; ostenta una posición de jerarquía sobre todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico y solo puede ser reformada siguiendo los procedimientos en ella establecidos.

EMPAQUE: Conjunto de materiales que forman la envoltura y armazón de los paquetes, como papeles, telas, cuerdas, cintas.

EMPAQUETADO GENÉRICO: es el término dado a la legislación nacional pionera de Australia que exige que todos los productos de tabaco (cigarrillos, tabaco para armar, tabaco para pipa y cigarros) se vendan en envases prescritos. Todos los envases de todas las marca son idénticos, a excepción de la marca y los nombres de las variantes y el nombre del fabricante de cada marca, que aún permiten que cada marca esté claramente identificada.

MARCA: Marca del distribuidor con la que comercializa productos de distintos productores.

PROPIEDAD INTELECTUAL: es el término dado a la legislación nacional pionera de Australia que exige que todos los productos de tabaco (cigarrillos, tabaco para armar, tabaco para pipa y cigarros) se vendan en envases prescritos. Todos los envases de todas las marca son idénticos, a excepción de la marca y los nombres de las variantes y el nombre del fabricante de cada marca, que aún permiten que cada marca esté claramente identificada.

SIGNOS DISTINTIVOS: Signos que se utilizan en la industria o en el comercio para diferenciar las propias actividades, servicios, productos o establecimientos de las manifestaciones o actividades homólogas de los demás.

TABACO: Producto elaborado con las hojas curadas del tabaco y que suele fumarse.

TEST DE PROPORCIONALIDAD: Criterio o parámetro utilizado por la jurisprudencia y por las jurisdicciones internas para enjuiciar la proporcionalidad de una decisión, consistente en determinar si las ventajas de la medida adoptada superan a sus costes.

INTRODUCCIÓN

El mundo actual ha tomado al conocimiento como el paradigma más importante en el comercio internacional, consecuencia de ello es que la propiedad intelectual sea la herramienta más eficiente para proteger las ideas de inventores o comerciantes en el intercambio mercantil, sin embargo, la propiedad intelectual se encuentra sujeta a restricciones que, si bien han sido tema de debate entre doctrinantes, litigantes y jueces, siempre han sido consideradas pertinentes para los fines que pretendían, bien sea el uso de una patente sin el consentimiento del titular para salvar la vida de un grupo de personas o el reconocimiento de rendimientos económicos a favor de las comunidades indígenas por el uso de sus conocimientos ancestrales, no obstante, ninguna figura había restringido de manera tan gravosa los derechos como el establecimiento del *Plain Packaging* en Australia, pues el debate traspasó los círculos restringidos de académicos y abogados dedicados al tema y se estableció como una medida con consecuencias directas en los consumidores y comerciantes, toda vez que la eliminación de los caracteres distintivos de un bien podría afectar la salud de los consumidores por elegir un producto incorrecto y dejar sin efectos el registro de una marca legítimamente constituida.

Con el fin de determinar la adaptabilidad del *Plain Packaging* al ordenamiento jurídico Colombiano, i) se realizará una descripción de los aspectos más relevantes del derecho de marcas; ii) se analizará la figura del *Plain Packaging* desde su historia, concepto y argumentos; y iii) se analizará la medida desde un punto de vista legal, constitucional y económico que permita establecer si la figura es acorde con el ordenamiento jurídico nacional, comunitario e internacional vigente en Colombia.

1. EL DERECHO DE MARCAS

1.1 EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

La Propiedad Intelectual (PI) es parte del derecho de a la propiedad privada entendido como "(...) el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporeal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias."¹, en ese sentido, Valencia Zea² lo considera una manifestación de la libertad que otorga a los ciudadanos la capacidad de producir y adquirir bienes³ respetando el interés público, por ello la Corte⁴ lo caracteriza como un derecho, i) Pleno, en cuanto confiere un amplio conjunto de atribuciones sólo limitado por el ordenamiento jurídico (OJ) y el derecho ajeno; ii) Exclusivo, pues le permite oponerse a la intromisión de un tercero; iii) Perpetuo, toda vez que dura mientras persista el bien sobre que se incorpore; iv) Autónomo, por cuanto no depende de un derecho principal; v) Irrevocable, en tanto su extinción o transmisión depende, por regla general, del titular; y vi) Real, por ser un poder jurídico que debe ser respetado por todos. Sin embargo, la PI se diferencia de la propiedad tradicionalmente concebida, *como se verá a continuación*.

1.2 LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Respecto a su concepto Rengifo García afirma que "(...) la propiedad intelectual es una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza dignos reconocimiento jurídico (...)"⁵, definición que luego sería desarrollada por la Corte Constitucional (CC) al afirmar que "(...) la propiedad intelectual comporta, entonces, aquella disciplina normativa desde la cual se busca proteger las creaciones intelectuales surgidas de la esfuerzo, el trabajo y destreza del hombre, que en todos los casos son dignos de obtener el correspondiente reconocimiento y salvaguarda jurídica"⁶. En consecuencia, la Corte⁷ afirmó que es una figura distinta al tradicional derecho de propiedad, pues

¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189-06. (15, Marzo, 2006). M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

² ORTIZ MONSALVE, Álvaro y VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo 1, Parte General y Personas. 16 ed. Bogotá.: Editorial Temis S.A., 2008. p. 45.

³ En la presente se utilizará el término bien para referirse por igual a productos y servicios, pues dicha clasificación no tiene relevancia para el presente proyecto.

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189-06. Óp. Cit., p. 1.

⁵ RENGIFO GARCIA, Ernesto. Propiedad Intelectual el Moderno Derecho de Autor. 2 ed. Bogotá - Colombia.: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 23.

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-975-02. (13, Noviembre, 2002). M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-871-10. (4, Noviembre, 2010). M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

es un derecho temporal, limitado por el deber de uso y aplicado exclusivamente a bienes inmateriales.

Ahora bien, su relevancia en el derecho moderno se remonta a la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸ cuando se consagró la protección de los intereses morales y materiales que se originen en las producciones científicas, literarias o artísticas. El OJ Colombiano lo consagró en el artículo 61 de la Constitución Nacional (CN), a través del Principio de Protección de la Propiedad Intelectual⁹, no obstante, para facilitar su estudio la jurisprudencia y la doctrina la han dividido a la PI entre los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial.

1.2.1 Los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial. Según Rengifo García¹⁰ los derechos de autor buscan proteger las creaciones artísticas, literarias y científicas del hombre así como sus retribuciones patrimoniales y morales, por tanto, conceden el derecho para explotar, usar y/o reproducir una obra en el comercio¹¹. Por otra parte, la Propiedad Industrial¹² es “(...) el privilegio de usar en forma exclusiva y temporal las creaciones y los signos distintivos de productos, establecimientos y servicios (...)”¹³, por lo que Otero Lastres¹⁴ afirma que su titularidad faculta con la capacidad de gozar y disponer del bien en beneficio propio y de la comunidad. A continuación se estudian sus principios¹⁵

1.2.1.1 El Principio de Temporalidad. Según Otero Lastres¹⁶, establece que la vigencia de la Propiedad Industrial tiene un límite de tiempo, por lo que puede extinguirse al expirar el plazo, en el caso de las patentes, o por la falta de renovación en el caso de las marcas o demás derechos ilimitadamente renovables.

⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10, Diciembre, 1948). Artículos 17 y 27.

⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-975-02. Óp. Cit., p. 45.

¹⁰ RENGIFO GARCIA, Ernesto. Propiedad Intelectual el Moderno Derecho de Autor. 2 ed. Bogotá - Colombia.: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 3.

¹¹ Sin embargo, no se profundizará en el tema por no ser objeto del presente proyecto.

¹² Para efectos del presente trabajo la expresión propiedad Industrial hace referencia tanto a la figura jurídica como a los derechos derivados de la misma, evitando así incurrir en debates teóricos que no son pertinentes al caso

¹³ RANGEL MEDINA, David. Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. p. 879.

¹⁴ BOTANA AGRA, Manuel; FERNÁNDEZ-NÓVOA; Carlos y OTERO LASTRES, José Manuel. Manual de la Propiedad Industrial. Introducción. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2009. 49p y ss.

¹⁵ Algunos autores los consideran características pero la jurisprudencia afirma que su carácter es fundamental y general, razón por la cual serán clasificados como principios.

¹⁶ BOTANA; FERNÁNDEZ y OTERO. Óp. Cit., p. 64.

1.2.1.2 El Principio Registral o Atributivo. Siguiendo a Otamendi¹⁷ el derecho del Propiedad Industrial nace únicamente con su registro, por lo que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)¹⁸ afirmó que sólo a partir ese momento se podrán ejercer los derechos derivados, salvo en el caso de marcas notorias¹⁹.

1.2.1.3 El Principio de Carácter Excluyente. En palabras de Otero Lastres²⁰, establece que una vez otorgado el registro ninguna otra persona podrá disponer del mismo bien independientemente de los medios que haya utilizado para crearlo, es en esencia un *ius prohibendi* o derecho negativo que faculta a su titular con la capacidad de limitar su uso por parte de terceros, siendo contrario al derecho positivo que le otorga la facultad de explotarlo y usarlo en el comercio.

1.2.1.4 El Principio del Agotamiento del Derecho.²¹ Según Otero Lastres²², consiste en la división del derecho del titular entre un bien inmaterial²³ y un bien material sobre el que se aplica el primero, en ese sentido, el titular no podrá oponerse, en virtud de su *ius prohibendi*, a la comercialización del bien material una vez que haya sido introducido al mercado, pues un tercero ha adquirido la propiedad sobre él, pudiendo usar y gozar del mismo sin que implique la adquisición o infracción del bien inmaterial amparado por la Propiedad Industrial.

1.2.1.5 El Principio de Territorialidad. Es desarrollado por el TJCA²⁴ y afirma que los derechos registrales sólo tienen validez en la nación o región donde fueron consignados, pues no es un derecho erga omnes oponible a todo el mundo.

1.2.1.6 El Principio de Ser Ilimitadamente Repetibles. Sostiene, de acuerdo con Castro García²⁵, que los bienes inmateriales puedan repetirse de manera ilimitada,

¹⁷ OTAMENDI, Jorge. Derecho de Marcas. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. 12 p.

¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 555-IP-2015. (18, Agosto, 2016). M.P.: Hugo Ramiro Gómez Apac.

¹⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 145-IP-2014. (26, Febrero, 2015).M.P.: Luis José Díez Canseco Núñez. Las marcas notorias son estudiadas en infra 1.3.4.3.

²⁰ BOTANA AGRA, Manuel; FERNÁNDEZ-NÓVOA; Carlos y OTERO LASTRES, José Manuel. Manual de la Propiedad Industrial. Introducción. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2009. p. 57.

²¹ COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. Artículo 158.

²² BOTANA; FERNÁNDEZ y OTERO. Óp. Cit., p. 51.

²³ Entiéndase una marca, patente o cualquier otro derecho derivado de la Propiedad Intelectual.

²⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 5-IP- 2013. (17, Abril, 2013) sin M.P.

²⁵ CASTRO GARCÍA, Juan David. La Propiedad Industrial. Bogotá: Universidad Externado de

en diversos lugares y durante el mismo tiempo, lo que facilita su uso en el comercio.

1.2.1.7 El Principio de Protección del Esfuerzo Empresarial. Según el TJCA²⁶ es la protección de las inversiones, económicas e intelectuales, necesarias para la creación de un bien inmaterial, así como de los beneficios derivados del mismo.

1.2.1.8 El Principio de Protección al Consumidor. Según el TJCA²⁷ consiste en el uso de la Propiedad Industrial para evitar afectaciones a la salud o el bienestar de los consumidores, su fundamento se encuentra en la CN²⁸ y en la Decisión 486 de la CAN²⁹ cuando establecen el deber de regular la calidad de los bienes ofrecidos al público y la información derivada de los mismos, así como en la prohibición de registrar signos engañosos en sus características, cualidades o aptitudes.

1.2.1.9 Otros Principios Relevantes. Según el TJCA³⁰ otros principios aplicables son la buena fe, la primacía de la realidad, la prohibición del abuso del derecho, el Trato Nacional³¹ y la Nación más Favorecida³² en lo pertinente.

1.2.2 Las Nuevas Creaciones y los Signos Distintivos. La propiedad Industrial se divide en las Nuevas Creaciones y los Signos Distintivos, las Nuevas Creaciones son “(...) aquellas invenciones humanas de aplicación Industrial o comercial susceptibles de protección en virtud de la alta inversión de dinero, tiempo y conocimientos (...)”³³ y ³⁴. Por otra parte, los signos distintivos se definen

Colombia., 2009. p. 52.

²⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 16-ip-2016. (24, Abril, 2017).

²⁷ *Ibíd.*, p. 1.

²⁸ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN NACIONAL. (4, Julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, 20 de julio de 1991. No. 116. Artículo 78.

²⁹ COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600.Literal i), Artículo 135.

³⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 380-ip-2015. (15, Marzo, 2016). M.P. Luis José Díez Canseco Núñez.

³¹ Es la obligación de los Estados de ofrecer un trato no menos favorable que el que otorga a sus propios Nacionales con respecto a la protección de la propiedad industrial. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. (1, Enero, 1995). El Acuerdo Sobre Los Aspectos De Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio (ADPIC). Artículo 3

³² Determina que cualquier medida sustancialmente benéfica que uno de los países aplique respecto a otro sea aplicable de manera inmediata a todos los miembros de la organización, ello con el fin de prevenir tratos preferenciales. COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. Artículo 2.

³³ LIZARAZU MONTOYA, Rodolfo. Manual de Propiedad Industrial. Bogotá: Legis Editores S.A.,

por dos elementos, a saber, el concepto de signo como aquel “Objeto, fenómeno o acción material que, por naturaleza o convención, representa o sustituye a otro”³⁵, y el concepto de distintividad entendido como aquella:

(...) capacidad que tiene un signo para individualizar, identificar y diferenciar en el mercado los productos o servicios, haciendo posible que el consumidor o usuario los seleccione. Es considerada como característica esencial que debe reunir todo signo para ser registrado como marca y constituye el presupuesto indispensable para que ésta cumpla su función principal de identificar e indicar el origen empresarial y, en su caso incluso, la calidad del producto o servicio, sin riesgo de confusión y/o asociación.³⁶

De lo anterior se concluye que “Los signos distintivos son aquellos que sirven para identificar un producto o servicio frente a otro, a un comerciante, a un establecimiento de comercio o a una empresa”³⁷, concepto dentro del cual se encuentra el objeto de la presente investigación, cual es la marca.

1.3 LA MARCA

Por marca se entiende “todo signo que distingue un producto de otro o un servicio de otro”³⁸, pero en un concepto más amplio, el TJCA afirma que una marca es:

(...) un signo sensible colocado sobre un producto o acompañado a un producto o a un servicio y destinado a distinguirlo de los productos similares de los competidores o de los servicios prestados por otros. De igual manera, la marca es un bien inmaterial constituido por un signo conformado por palabras o combinación de palabras, imágenes, figuras, símbolos, gráficos, etc., que, susceptibles de representación gráfica, sirvan para distinguir en el mercado productos o servicios, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie y seleccione sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o del servicio.³⁹

En cuanto a su naturaleza el TJCA⁴⁰ sostiene que la marca otorga un derecho con

2014. p. 187.

³⁴ Sin embargo, no se profundizará en su estudio al no hacer parte del objetivo del proyecto.

³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de signos [en línea]. [Citado en 10 de Octubre de 2017]. Disponible en internet: <http://dle.rae.es/?id=XrXR2VS>

³⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 214-ip-2013. (22, Enero, 2014). Sin M.P.

³⁷ LIZARAZU MONTOYA, Rodolfo. Manual de Propiedad Industrial. Bogotá: Legis Editores S.A., 2014. p. 27.

³⁸ OTAMENDI, Jorge. Derecho de Marcas. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 7

³⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 148-ip-2013. (11, Septiembre, 2013). Sin M.P.

⁴⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 310-ip-2015. (16, Marzo, 2017). M.P.

doble aspecto, positivo⁴¹ o *ius utendi*, que permite explotarla y ejercer actos de disposición tales como el uso, la licencia o la cesión; y negativo o *ius prohibendi*, cuando confiere el derecho de impedir el uso del signo por parte de terceros.

1.3.1 Las Funciones de la Marca. Representan la utilidad de la figura en el mercado y son el fundamento de su protección.

1.3.1.1 La Función Distintiva o de Identificación. Tiene su origen en el concepto de distintividad antes descrito y según el TJCA⁴² se divide en dos, la distintividad intrínseca o abstracta, entendida como la capacidad de la marca para diferenciar un bien sin confundirse con él o con sus características esenciales, y la distintividad extrínseca o en concreto que es la capacidad del signo para diferenciarse de otros signos o figuras de la Propiedad Industrial.

1.3.1.2 La Función de Indicación de Origen. Según Otero Lastres⁴³ la marca determina un origen común de los productos, sin embargo, no se interesa por la persona que originalmente creó el bien, pues puede variar en virtud de la transmisión del signo en el mercado a través de actos de venta o cesión.

1.3.1.3 La Función de Garantía o Calidad. El TJCA⁴⁴ la define como la expectativa de que todos los bienes comercializados por la marca tengan una calidad uniforme, por lo que al adquirir un segundo producto se espera que sea como el primero.

1.3.1.4 La Función de Protección. Permite asociar los comportamientos nocivos de las empresas con sus marcas registradas, facultando a los consumidores para identificar un inadecuado comportamiento empresarial que pudiera afectarlos⁴⁵.

Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴¹ COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. Artículo 154.

⁴² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 276-ip-2015. (5, Noviembre, 2015). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

⁴³ BOTANA AGRA, Manuel; FERNÁNDEZ-NÓVOA; Carlos y OTERO LASTRES, José Manuel. Manual de la Propiedad Industrial. Introducción. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2009. p. 8.

⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 15-ip-2003. (12, Marzo, 2003). Sin M.P.

⁴⁵ GIBBONS, Giles. En Clave de Marcas. El Valor Social de las Marcas. 2 ed. Madrid: LID Editorial Empresarial, S.I., 2010. Sin Paginación.

1.3.1.5 La Función de Publicidad. Según Llobregat Hurtado⁴⁶, esta función indica la calidad, origen y precio de los bienes mientras incentiva su compra a través de medios informativos o sugestivos. Callman⁴⁷ sostiene que dicha publicidad se realiza a través del Poder Motivante la Marca, entendido como aquel atractivo propio del signo que genera una reacción favorable en el eventual comprador.

1.3.1.6 La Función Condensadora del Good Wil. Fernández Novoa⁴⁸ afirma que es la facultad de asociar los aspectos positivos del bien material con el signo inmaterial que lo identifica, concentrando en la marca todos los comentarios positivos del producto, incrementando así su valor y renombre en el mercado.

1.3.2 Los Requisitos de Registro. Para que una marca puede ser registrada debe i) ser lícita, no contradiciendo la ley, la moral, el orden público, las buenas costumbres y en general la Decisión 486⁴⁹; ii) Estar disponible sin que existan marcas idénticas o similares⁵⁰ según le principio de especialidad; iii) Ser susceptible de representación gráfica, que el TJCA⁵¹ define como la facultad de ser descrito en sus componentes a través de un medio físico; iv) Ser perceptible, según el TJCA⁵², al ser captada por al menos uno de los sentidos; y v) Ser distintiva tanto en abstracto como en concreto.

Por otra parte, no podrán registrarse marcas constituidas exclusivamente por un signo genérico, usual, necesario o descriptivo. Según Montoya⁵³ el signo genérico es aquel que designa la naturaleza, categoría o especie de un grupo de bienes; Un signo usual, según Castro García⁵⁴, es una palabra arbitraria generalmente utilizada para designar un producto específico, sin que por ello sea el único

⁴⁶ LLOBREGAT HURTADO, María Luisa, "Temas de propiedad industrial", Ediciones La Ley. p. 48 - 50. Madrid, España, 2002. Citado en: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 48-ip-2008. (4, Junio, 2008). Sin M.P.

⁴⁷ CALLMANN, Rudolf. *The Law of Unfair Competition*. 4 ed. New York.1987. Citado en: OTAMENDI, Jorge. Derecho de Marcas. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 10.

⁴⁸ BOTANA AGRA, Manuel; FERNÁNDEZ-NÓVOA; Carlos y OTERO LASTRES, José Manuel. Manual de la Propiedad Industrial. Introducción. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2009. p. 490.

⁴⁹ Dicho examen se aplica en virtud de los principios de Especialidad e Independencia.

⁵⁰ Sobre la definición de identidad y similitud ver Infra 1.3.7

⁵¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 458-ip-2015. (17, Junio, 2015). M.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

⁵² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 132-IP-2004. (26, Octubre, 2004). Sin M.P.

⁵³ LIZARAZU MONTOYA, Rodolfo. Manual de Propiedad Industrial. Bogotá: Legis Editores S.A., 2014. p. 68.

⁵⁴ CASTRO GARCIA, Juan David. La Propiedad Industrial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 2009. p. 89.

existente; ⁵⁵Un signo necesario, según Fernández Novoa⁵⁶, es aquel que ostenta un carácter indispensable para designar un producto al no encontrarse otro que lo reemplace; y un signo descriptivo, según el TJCA⁵⁷, es aquel que informa sobre las características o propiedades de los productos, tales como su calidad, cantidad, valor.

1.3.3 Principios del Derecho de Marcas. Además de los principios comunes a toda la propiedad Industrial las marcas presentan principios específicos así:

1.3.3.1 El Principio de Independencia de la Marca. Según Lizarazu Montoya⁵⁸, establece que la naturaleza del bien material no será un impedimento para el registro de la marca, así como tampoco lo será su calidad, la persona que solicita el registro ni las declaraciones de nulidad o cancelación en otros países⁵⁹.

1.3.3.2 El Principio del Carácter Facultativo. Indica que los productos no deben ser comercializados necesariamente a través de una marca, dejando en manos del empresario la opción de incluir o no cualquier signo distintivo.

1.3.3.3 El Principio de Especialidad. La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)⁶⁰, establece que la marca se limita a proteger al signo para los bienes que fue registrada a fin de evitar un derecho absoluto que elimine la libre competencia.

1.3.3.4 El Principio del Uso Efectivo de la Marca. Consiste, según el TJCA⁶¹, en el deber de usar el signo registrado, so pena de pérdida del derecho, pues permitir monopolizar signos que no son usados dificulta la libre competencia.

⁵⁵ Sobre la definición de identidad y similitud ver Infra 1.3.7

⁵⁶ BOTANA AGRA, Manuel; FERNÁNDEZ-NÓVOA; Carlos y OTERO LASTRES, José Manuel. Manual de la Propiedad Industrial. Introducción. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2009. p. 522.

⁵⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 551-ip-2016. (11, Mayo, 2017). M.P. Hugo Ramiro Gómez Apac.

⁵⁸ LIZARAZU MONTOYA, Rodolfo. Manual de Propiedad Industrial. Bogotá: Legis Editores S.A., 2014. p. 38.

⁵⁹ También denominado *Principio de Independencia de las Oficinas de Registro de Marcas*. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 71-ip-2007. (15, Agosto, 2007).

⁶⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Asunto 12-228101-00002-0000. (31, Enero, 2013). Bogotá. Jefe Oficina Jurídica: William Antonio Burgos Durango.

⁶¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 22-ip-2005. (16, junio, 2005). Sin M.P.

1.3.3.5 El Principio de No Funcionalidad. Tiene origen en la Decisión 486 de la CAN⁶², y prohíbe registrar como marcas cualquier elemento que otorgue una ventaja apreciable para el uso o fabricación del bien.

1.3.4 Los Tipos de Marca. Debido a la gran cantidad de marcas que existen en el mercado, la doctrina las clasifica de la siguiente manera⁶³:

1.3.4.1 En Razón de su Forma de Percepción. Las marcas son clasificadas de acuerdo a la forma en que el usuario toma conocimiento del signo, pueden ser simples o complejas y tradicionales o no tradicionales, las marcas simples son aquellas conformadas por solo un elemento, mientras que las complejas⁶⁴ constan de dos o más. Por otra parte, las marcas tradicionales⁶⁵ sólo se perciben a través de la vista, mientras que las marcas no tradicionales⁶⁶ son percibidas por cualquiera de los cinco sentidos. Bajo ese entendido, pueden dividirse así:

- **Las Marcas Denominativas.** Aquellas compuestas por “(...) expresiones acústicas o fonéticas, formadas por una o varias letras, palabras o números, individual o conjuntamente estructurados, que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede o no tener significado conceptual.”⁶⁷ Se dividen en sugestivas, aquellas que “tienen una connotación conceptual que evoca ciertas cualidades o funciones del producto identificado por el signo”⁶⁸ y arbitrarias, las cuales “no manifiestan conexión alguna entre su significado y la naturaleza, cualidades y funciones del producto que va a identificar.”⁶⁹
- **Las Marcas Gráficas.** Son signos de dos dimensiones conformados por imágenes, figuras, retratos, emblemas y demás⁷⁰, que sólo pueden ser captadas a

⁶² COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. Literal d), artículo 135.

⁶³ Se excluyó la clasificación de marcas que distinguen productos o servicios, pues la existencia de registros multi clases han hecho poco útil esta clasificación en los últimos tiempos.

⁶⁴ CASTRO GARCIA, Juan David. La Propiedad Industrial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 2009. p. 78.

⁶⁵ CASTRO GARCIA, Juan David. Las Marcas No Tradicionales. En: La Propiedad Inmaterial. Septiembre, 2012. No. 16 [en línea]. [Citado en 10 de Octubre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2ltrNth>

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 1.

⁶⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 101-ip-2016. (7, Julio, 2017). M.P. Hernán Romero Zambrano.

⁶⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 378-IP-2015. (7, Diciembre, 2015). M.P. Luis José Díez Canseco Núñez.

⁶⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 476-IP-2016. (16, Marzo, 2017). M.P. Hugo Ramiro Gómez Apac.

⁷⁰ COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. Artículo 134.

través del sentido de la vista. El TJCA las divide en puramente gráficas⁷¹, que únicamente evocan la imagen del signo utilizado sin un significado conceptual en concreto, y figurativas⁷², que evocan un concepto concreto que puede o no estar relacionado con los rasgos del producto.

- **Las Marcas Mixtas.** Son marcas complejas compuestas por un aspecto denominativo y uno gráfico, por lo que el TJCA⁷³ les confiere protección como unidad y no mediante sus elementos por separado. Por otra parte, Fernández Novoa⁷⁴ establece que su distintividad se analizará en virtud de la Preponderancia del Elemento Dominante, entendido como la dimensión de mayor fuerza y profundidad del signo que deja su impacto en la memoria del consumidor, lo que permite el registro de marcas mixtas con elementos descriptivos o genéricos pero con un aspecto gráfico distintivo o viceversa.

- **Las Marcas No Tradicionales.** Las marcas no tradicionales se dividen en i) Las marcas tridimensionales, que según el TJCA⁷⁵, son una forma que abarca las tres dimensiones⁷⁶, siendo percibidas por más de un sentido; ii) Las marcas sonoras, definidas como “(...) aquel signo perceptible por el oído que cumple con la función de distinguir”⁷⁷, el cual es representado a través del pentagrama en el caso de música o por otro medio en caso de sonidos; iii) Las marcas olfativas⁷⁸, según la SIC⁷⁹, es un olor distintivo ajeno al producto que debe ser representado más allá de su fórmula química o cromatográfica, pues el consumidor no asocia dichos caracteres con un olor⁸⁰; iv) Las marcas táctiles, que según la SIC⁸¹, son

⁷¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 219-ip-2014. (26, Febrero, 2015). M.P. Luis José Díez Canseco Núñez.

⁷² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 219-ip-2014. (26, Febrero, 2015). M.P. Luis José Díez Canseco Núñez.

⁷³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 55-IP-2002. (1, Agosto, 2002). Sin M.P.

⁷⁴ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. Fundamentos del Derecho de Marcas. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., p. 239 - 240. Citado en: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 42-ip-2017. (7, Julio, 2017). M.P. Hugo Ramiro Gómez Apac.

⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 194-IP-2005. (25, Noviembre, 2015). Sin M.P.

⁷⁶ Las tres dimensiones son alto, ancho y profundo.

⁷⁷ PARRA, Carlos Alberto. La marca sonora. En: Revista Colombiana de la Propiedad Industrial. 1995. N° 4. p.126. Citada en: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 33-IP-95. (15, Noviembre, 1996). Sin M.P.

⁷⁸ COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. Artículo 134.

⁷⁹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (4, Abril, 2009). Resolución N 17152. Bogotá. Ponente: Ricardo Camacho García

⁸⁰ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (3, Marzo, 2014). Resolución N° 14755. Bogotá. Ponente: José Luis Londoño Fernández.

⁸¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (2, Junio, 2016). Resolución N 34530. Bogotá. Ponente: María José Lamus Becerra.

una superficie o textura particular plasmada en un objeto que permite diferenciarlo sin agregar ninguna ventaja técnica; v) Las marca de color, que de acuerdo con la SIC⁸² y ⁸³, son el uso de un color como signo distintivo, siempre que no se trate de un color primario, no sea propio del bien y sea delimitado por una forma⁸⁴, pues el sentido usualmente decorativo u ornamental del color dificulta su uso como signo⁸⁵. Por último, las marcas de hologramas, gustativas, animadas, de posición⁸⁶, entre otras no serán analizadas por motivos de enfoque investigativo.

1.3.4.2 En Razón del Beneficio. De acuerdo con la SIC⁸⁷, las marcas pueden ser i) Comerciales, aquellas diseñadas sólo para comercializar determinado bien; ii) Colectivas, que sirven para distinguir un origen o característica común de bienes pertenecientes a diferentes propietarios⁸⁸ con el fin de facilitar su publicidad; y iii) De certificación, la cual garantiza la calidad u otra característica especial del objeto sobre el que recae⁸⁹, su procedimiento de fabricación, cualidades u origen⁹⁰.

1.3.4.3 En Razón de su Reconocimiento. Las marcas son comunes y notorias, las marcas comunes se restringen por los principios ya mencionados, mientras que las marcas notorias han obtenido un grado de reconocimiento tan alto entre el público de su sector⁹¹ y ⁹² que pueden romper los principios de especialidad⁹³,

⁸² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (25, Julio, 2017). Resolución N 44308. Bogotá. Ponente: Jorge Mario Olarte Collazos.

⁸³ No obstante, se autoriza el registro de un color aislado cuando haya adquirido aptitud distintiva. COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. Artículo 135.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 30.

⁸⁵ METKE, Ricardo. Especial Propiedad Intelectual. En: ámbito Jurídico. Junio, 2015. No. 419., p. 18.

⁸⁶ Entiéndase por marca de posición aquella que siempre ocupa el mismo espacio o lugar en el cuerpo del bien.

⁸⁷ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Marcas. p. 19. [En línea]. 2008. [Citado en 30 de Octubre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2Ca9rch>

⁸⁸ COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. Artículo 180.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 41.

⁹⁰ CASTRO GARCIA, Juan David. La Propiedad Industrial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 2009. p. 79.

⁹¹ El Sector Pertinente se encuentra conformado por los consumidores reales o potenciales, los distribuidores o comercializadores y los miembros de los círculos empresariales que actúan sobre ese tipo de actividad. COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Óp. Cit., p.48.

⁹² SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Marcas [en línea]. 2008. [Citado en 30 de Octubre de 2017]. Disponible en internet: <http://www.sic.gov.co/node/12949>

⁹³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 184-ip-2015. (25, Septiembre, 2015). M.P. Doctora Cecilia L. Ayllón Q.

territorialidad⁹⁴ y uso real y efectivo⁹⁵, pues limitan el registro de marcas similares o idénticas independientemente de su clase, despliegan su ámbito de protección fuera de su zona de registro y se protegen sin requerir uso o registro.

1.3.5 Perdida del Derecho. El derecho se pierde por la renuncia del mismo⁹⁶ o por caducidad cuando no se renueva oportunamente ni dentro del periodo de gracia⁹⁷.

1.3.5.1 La Nulidad. Puede originarse durante el registro, cuando no se cumplieron los requisitos de la decisión 486⁹⁸, o cuando pierde sus caracteres esenciales.

1.3.5.2 Cancelación de la Marca por Falta de Uso. Una marca es cancelada, en palabras del TJCA⁹⁹, cuando omite poner a disposición del público los bienes que identifica de acuerdo con su naturaleza y forma de comercialización, ello con el fin de prevenir el registro de marcas de defensa¹⁰⁰ o de reserva¹⁰¹ que limiten el abanico de posibilidades a disposición de los competidores. Según el TJCA¹⁰², la cancelación puede ser absoluta o parcial y su uso se probará por el empleo propio (uso directo) o por el de un tercero (uso indirecto), sin embargo, el Tribunal¹⁰³ sostiene que dicho uso deberá ser serio, de buena fe, normal e inequívoco, de tal forma que el uso por un tercero de mala fe no es prueba para su defensa¹⁰⁴, además, no dependerá de las cantidades cuantitativas¹⁰⁵ ni de la recepción del

⁹⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 152-ip-2015. (25, Septiembre, 2015). M.P. Doctora Cecilia L. Ayllón Q.

⁹⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 210-ip-2014. (9, Septiembre, 2015). M.P. Doctora Cecilia L. Ayllón Q.

⁹⁶ COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. p. 39.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 40

⁹⁸ COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. Artículo 135.

⁹⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 450-ip-2015. (5, Abril, 2017). M.P. Hernán Romero Zambrano.

¹⁰⁰ Son signos semántica y figurativamente similares cuyo único objetivo es evitar la imitación por sus competidores.

¹⁰¹ Son marcas solicitadas para productos que todavía no existen al momento del registro

¹⁰² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 278-ip-2014. (16, Junio, 2015). M.P. Doctora Cecilia L. Ayllón Q.

¹⁰³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 17-IP-95. (7, Noviembre, 1995) Sin M.P.

¹⁰⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 27-ip-2014. (3, Julio, 2014). M.P. Leonor Perdomo Perdomo.

¹⁰⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 21-ip-2015. (13, Mayo, 2015). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

bien en el mercado, pues ello depende de su naturaleza o de la situación comercial.

Por otra parte, el signo deberá usarse tal y como fue registrado o en su defecto de forma similar, esto último según el TJCA¹⁰⁶ se tendrá como efectivo cuando las variaciones se limiten a detalles o elementos que no afecten la esencia del signo. Finalmente la marca no será cancelada cuando se acredite la ocurrencia de caso fortuito, fuerza mayor, falta de elementos indispensables para la comercialización del producto o la imposibilidad legal de explotar la marca¹⁰⁷.

1.3.6 Conflictos Entre Marcas. Para la presente investigación sólo son relevantes los conflictos por similitud o identidad de los signos¹⁰⁸, pues tienen su origen en la distintividad intrínseca y extrínseca que será afectada por el *Plain Packaging* (PP). Por similitud se entiende "(...) que entre los objetos que se comparan existen elementos comunes pero coexistiendo con otros aparentemente diferenciadores (...)"¹⁰⁹, mientras que en la identidad "(...)" se supone que nos encontramos ante lo mismo, sin diferencia alguna entre los signos."¹¹⁰

Siguiendo esta línea, la similitud de los signos es, i) Fonética, cuando existe semejanza en la pronunciación del signo; ii) Ortográfica, cuando se refiere a la similitud "(...)" de la secuencia de vocales, la longitud de la o las palabras, el número de sílabas, las raíces, o las terminaciones comunes de los signos en conflicto"¹¹¹, pero limitándose a su carácter escrito; iii) Visual, según Otamendi¹¹², cuando existe similitud de los dibujos, tipos de letra, colores y la disposición misma en que se encuentren ubicados; y iv) Conceptual, que según el TJCA¹¹³, es la similitud entre una misma idea, valor, característica o cosa.

1.3.7 El Cotejo Marcario. La similitud se establece a través de un cotejo¹¹⁴ que

¹⁰⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 180-IP-2006 (4, Diciembre, 2006) Sin M.P.

¹⁰⁷ CASTRO GARCIA, Juan David. La Propiedad Industrial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 2009. p. 140.

¹⁰⁸ Son marcas solicitadas para productos que todavía no existen al momento del registro

¹⁰⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 82-IP-2002, (29, Enero, 2003). Sin M.P.

¹¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 22-IP-2001. (13, junio, 2001). M.P. Luis Enrique Farías Mata.

¹¹¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 594-1P-2016. (26, Junio, 2017). M.P Cecilia Luisa Ayllón Quinteros.

¹¹² OTAMENDI, Jorge. Derecho de Marcas. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 149.

¹¹³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 56-ip-2014. (11, Julio, 2014). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

¹¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Acción de Confrontar algo con otra u otras cosas [en línea]. 2010. [Citado en 12 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://dle.rae.es/?id=B8UhSUB>

compara los signos desde el punto de vista del consumidor para que no creen riesgos en el mercado¹¹⁵. Las reglas del cotejo son i) Debe realizarse en conjunto, según el TJCA¹¹⁶, sin descomponer los elementos del signo pues ello destruye su unidad especialmente en el caso de marcas complejas; ii) Debe ser sucesivo, pues, de acuerdo con Otero¹¹⁷, el consumidor rara vez puede comparar los signos simultáneamente, siendo lo más común comparar un signo con el recuerdo de otro; iii) Deben prevalecer las semejanzas, pues de los elementos en común se determinará la semejanza con independencia de las diferencias adicionales; y iv) Debe realizarse desde el lugar del adquirente, pues Según el TJCA¹¹⁸, se busca determinar cómo el signo es captado por el consumidor.

1.3.8 Los Riesgos. Los riesgos por similitud o identidad son, i) El riesgo de confusión, entendido como la falta de claridad para diferenciar un bien de otro por falta de distintividad extrínseca¹¹⁹, ocurre cuando se adquiere un producto pensando que se está adquiriendo otro (confusión directa)¹²⁰, o cuando se cree que tiene un origen empresarial diferente (confusión indirecta)¹²¹; ii) El riesgo de Asociación¹²² que acaece cuando se diferencian los signos pero se asume que tienen una vinculación económica; iii) El riesgo de dilución, de acuerdo con Sancho Gargallo¹²³, consiste en que signos semejantes debiliten el alto grado de reconocimiento de una marca notoria independientemente de la conexión competitiva entre sus bienes; y iv) El riesgo de uso parasitario, que según Fernández Novoa¹²⁴, es el aprovechamiento injusto del prestigio de los signos notorios.

¹¹⁵ Sólo se hará referencia a sus aspectos generales, pues la existencia de matices y posturas para cada tipo de marca, junto a sus lagunas y contradicciones harían necesario un estudio particular para abordar el tema en su extensión.

¹¹⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 433-ip-2015. (7, Diciembre, 2015). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez

¹¹⁷ OTAMENDI, Jorge. Derecho de Marcas. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 179.

¹¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 31-ip-2016. (12, Junio, 2017). M.P. Hernán Romero Zambrano.

¹¹⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 31-ip-2016. (12, Junio, 2017). M.P. Hernán Romero Zambrano.

¹²⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 436-ip-2016. (24, Abril, 2017). M.P. Cecilia Luisa Ayllón Quinteros.

¹²¹ *Ibíd.*, p. 1.

¹²² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 442-ip-2016. (5, Abril, 2017). M.P. Cecilia Luisa Ayllón Quinteros.

¹²³ SANCHO GARGALLO, Ignacio. Citado en TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 145-IP-2014 (26, Febrero, 2015) M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 1.

2. PLAIN PACKAGING

2.1 EL DERECHO A LA SALUD

El *Plain Packaging*¹²⁵ tiene origen en el derecho a la salud establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹²⁶, fue incluido en nuestro OJ por el artículo 49 de la CN y es definido como la “(...) facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”¹²⁷. En consecuencia, el *PP* podría resultar consecuente con pronunciamientos de la CC¹²⁸ en los que se desarrolla la obligación del Estado de dar a conocer los riesgos desconocidos o infravalorados de bienes producidos con sustancias peligrosas, así como con el objetivo de disminuir su consumo. Por tanto el Estado protege el derecho a la salud imponiendo el deber de difundir información veraz, aplicando condiciones mínimas de calidad para entrar en el mercado y restringiendo los derechos de propiedad como ocurre en las licencias obligatorias de patentes¹²⁹ y ¹³⁰, todo con el fin de proteger la salud de los consumidores.

2.2 EL ORIGEN DEL MONSTRUO BLANCO

El origen del *PP* se remonta a 1964, cuando Luther Gerry¹³¹ confirmó que el consumo de tabaco causaba cáncer y diversas enfermedades cardiovasculares, sin embargo, no fue sino hasta 1986 que él Dr Gerry Karr¹³², presumiblemente tomando la idea de una campaña realizada en 1976 por la cadena Francesa Carrefour¹³³, recomendó la venta de tabaco en empaques cafés y sin ningún tipo de logo salvo por la denominación de la marca escrita en letra estándar, lo anterior

¹²⁵ *Plain Packagin* se traduce como Empaquetado Genérico.

¹²⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10, Diciembre, 1948). Artículos 25.

¹²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-776/10. (29, Septiembre, 2010). Bogotá. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-333/00. (23, Marzo, 2000). Bogotá. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Declaración Relativa Al Acuerdo Sobre Los Adpic Y La Salud Pública. (14, Noviembre, 2001), artículo 31

¹³⁰ Ocurre cuando se hace uso unilateral de la creación con el fin de proteger la salud pública.

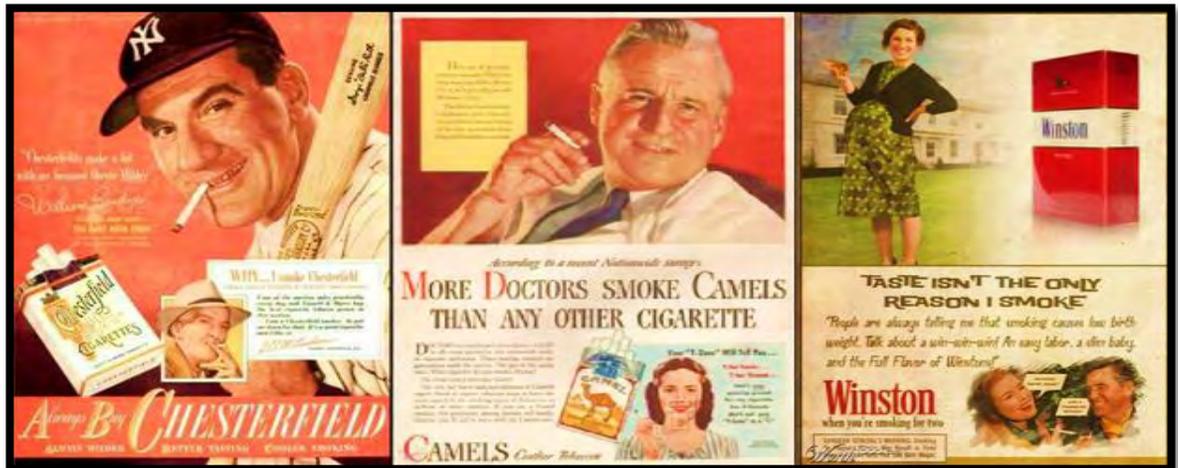
¹³¹ NATIONAL CENTER FOR CHRONIC DISEASE PREVENTION AND HEALTH PROMOTION (US) Office on Smoking and Health, *the Health Consequences of Smoking—50 Years of Progress: A Report of the Surgeon General* [en línea]. 2014. [Citado en 22 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2CmP4oN>

¹³² TOBACCO DOCUMENTATION CENTER, *Truth Tobacco Industry Documents* [en línea]. 1986. [Citado en 22 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2Coa8eX>

¹³³ CRAWFORD, Moodie. *Plain Tobacco Packaging: A Systematic Review*. 1 ed. Londres: University Of London, Institute Of Education, Social Science Research Unit, 2012. 3 p.

según Cunningham y Kyle¹³⁴, con el objetivo de romper la imagen sofisticada del tabaco al demostrar sus desastrosos efectos.

Figura 1. Publicidad de Tabaco en los Años 60.



Fuente: <https://it.pinterest.com/>

En los siguientes años la idea fue tomando fuerza, Carr-Gregg recomendó el *PP* ante el parlamento de Nueva Zelanda en 1989¹³⁵, se discutió en la *Conferencia Mundial de Tabaco y Salud* de 1990¹³⁶ y 1994¹³⁷, en el parlamento de Canadá en el mismo año y en el parlamento Australia en 1995¹³⁸, sin embargo todas las iniciativas resultaron infructuosas por la sistemática oposición encabezada, según la OMS¹³⁹, por el *Grupo Sobre Los Paquetes Neutros*, creado para oponer resistencia a la elaboración de leyes de Empaquetado Genérico bajo el argumento de que su aplicación aumentaría el comercio ilícito, disminuiría los precios de venta y conllevaría el incumplimiento de tratados internacionales como el ADPIC. Los argumentos funcionaron hasta 2003, cuando todo comenzó a derrumbarse.

Los problemas para las tabaquerías comenzaron en el 2003 cuando, según Chapman y Freeman¹⁴⁰, se emitieron dos documentos que dieron viabilidad legal

¹³⁴ CUNNINGHAM, Rob. y KYLE, Ken. *The Case for Plain Packaging*. En: Tobacco Control. 1995. Vol. 4. p. 80-86.

¹³⁵ BECKY, Freeman y CHAPMAN, Simon. *Removing the Emperor's Clothes. Australia and Tobacco Plain Packaging*. Sydney: Sydney University Press, 2014. p. 1.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 2.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 2.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 4.

¹³⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Empaquetado Neutro de los Productos de Tabaco, Pruebas Empíricas, Diseño y Aplicación*. [s.l.]: Organización Mundial de la Salud, 2017. VIII p.

¹⁴⁰ BECKY y CHAPMAN. *Op. Cit.*, p. 8.

al PP, el primero de ellos fue *El Convenio Marco de la OMS Para el Control del Tabaco* de 2003¹⁴¹ (CMCT), el cual limitó la publicidad de los productos tabaqueros al prohibir el uso de signos que puedan engañar al público sobre los efectos nocivos del tabaco y la obligación de incluir advertencias sanitarias sobre su consumo. El segundo fue el artículo *TRIPs and Trademarks: The Case of Tobacco*, donde Mc Grady¹⁴² sostiene que el ADPIC no otorgó un derecho positivo para usar la marca tal y como fue registrada, sino que se limitó a prohibir el uso o apropiación por parte de terceros, en consecuencia, las limitaciones que puedan ser aplicadas en desarrollo del PP no se configuran como un incumplimiento del acuerdo.

Sobre la base de estos documentos se publicó, entre otros, el artículo *The Case for the Plain Packaging of Tobacco Products*, en el cual Freeman, Chapman & Rimmer¹⁴³ sostienen que el empaque se convirtió en el nuevo mecanismo de publicidad ante las restricciones impuestas por *El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco* (CMCT), en ese sentido, se propuso reemplazar la totalidad del paquete por advertencias sanitarias con el respaldo de la OMS que recomendó su uso en la *Guía de Implementación del Artículo 11 del CMCT*, así:

Plain Packaging. Parties should consider adopting measures to restrict or prohibit the use of logos, colours, brand images or promotional information on packaging other than brand names and product names displayed in a standard colour and font style (Plain Packaging). This may increase the noticeability and effectiveness of health warnings and messages, prevent the package from detracting attention from them, and address industry package design techniques that may suggest that some products are less harmful than others.¹⁴⁴

La pugna se resolvió el 29 de abril del 2010 cuando el gobierno de Australia¹⁴⁵ anunció que implementaría el *Empaquetado Genérico* en los productos

¹⁴¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*. Ginebra, Suiza, 2003.

¹⁴² MCGRADY, Ben. *Trips and Trademarks: The Case of Tobacco*. En: *World Trade Review*. Marzo, 2004. Vol. 3. p. 53-82.

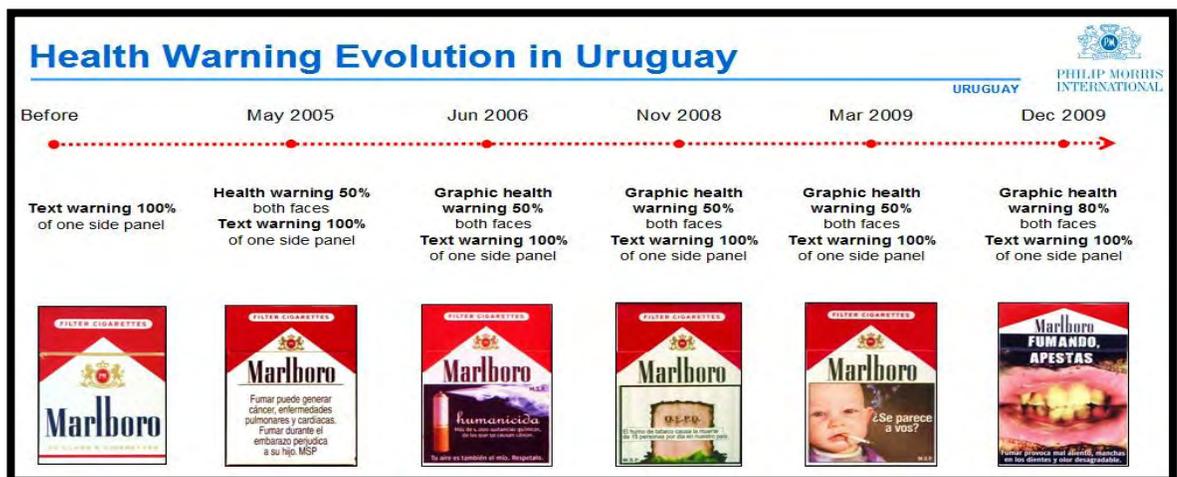
¹⁴³ BECKY, Freeman; CHAPMAN, Simon y RIMMER, Matthew. *The Case for the Plain Packaging of Tobacco Products*. En: *Addiction*. Abril, 2008. Vol. 4. No. 103., p.580-590.

¹⁴⁴ “Empaquetado sencillo. Las partes deberían considerar la adopción de medidas para restringir o prohibir el uso de logotipos, colores, imágenes de marca o información promocional en envases que no sean otras que los nombres de marcas y nombres de productos exhibidos en un color y tipo de letra estándar (empaquetado simple). Esto podría incrementar la notoriedad y la efectividad de las advertencias y mensajes de salud, previniendo que el paquete distraiga su atención y abordando las técnicas de diseño de paquetes de la industria que puedan sugerir que algunos productos son menos nocivos que otros.” *WHO FRAMEWORK CONVENTION ON TOBACCO CONTROL. Guidelines for Implementation of Article 11 of the Who Framework Convention on Tobacco Control (packaging and Labelling of Tobacco Products)*. Ginebra, 2012.

¹⁴⁵ BBC, Australia Plans Plain-packaging Rule for Cigarettes [en línea]. 29 de abril de 2010. [Citado en 15 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bbc.in/2pUisLV>

tabaqueros, la respuesta no se hizo esperar y dio como resultado un debate publicitario, político y jurídico, lo que causó la creación de páginas que criticaban la implementación del *PP*¹⁴⁶, así como el impulso de grupos de interés para frenar la medida, sin embargo la estrategia fracasó y el 1 de diciembre de 2011 se aprobó la *Tobacco Plain Packaging Act (TPPA)* lo que impulsó su aplicación en diversos países del mundo¹⁴⁷ como Inglaterra luego del *Report of the Independent Review Undertaken*¹⁴⁸ o Uruguay luego de una constante lucha contra el tabaco.

Figura 2. Los Cambios de los Paquetes de Cigarrillo en Uruguay.



Fuente: TOBACCO21.CA. Uruguay [en línea]. 16 de febrero 2016 [Citado 1 mayo 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2lit5Z2>

2.2.1 Figuras que Anteceden. Del caso australiano se extraen diversos antecedentes de la implementación del *PP* que, si bien no son un requisito para su aplicación, funcionan como indicios de su futura discusión, dichas medidas pueden ser monetarias y no monetarias, entre las medidas monetarias se encuentra el control de precios en el mercado, que según la SIC¹⁴⁹, es la facultad del Estado para imponer un mínimo y un máximo a los valores de venta de un determinado producto, y la imposición de restricciones tributarias, que según él CMCT¹⁵⁰

¹⁴⁶ PHILIP MORRIS INTERNATIONAL. *Plain Packaging of Tobacco Products* [en línea]. 2010. [Citado en 20 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://www.plain-packaging.com/>.

¹⁴⁷ Se encuentra presencia de proyectos de *PP* en Burkina Faso, Canadá, Chile, Finlandia, Francia, India, Irlanda, Hungría, Nepal, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, Reino Unido, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Tailandia, Togo, Turquía y Uruguay, pero debido a que presentan características similares no se profundizará en sus procesos de implementación.

¹⁴⁸ CHANTLER, Cyril, Sir. *Standardised Packaging of Tobacco*. London: Williams Lea, 2014.

¹⁴⁹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Control de Precios. [En línea]. [Citado en 25 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://www.sic.gov.co/control-de-precios>

¹⁵⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Convenio Marco de la OMS para el Control del

incrementan las imposiciones fiscales y prohíben las exenciones o beneficios.

Por su parte, las medidas no monetarias buscan disminuir el consumo de un determinado producto sin influir directamente en los valores de su producción o venta, entre otras son i) El establecimiento de un mínimo de edad para el consumo¹⁵¹; ii) La prohibición de comercializar y consumir¹⁵² el producto en determinados lugares¹⁵³; iii) La prohibición de publicitar¹⁵⁴; iv) La imposibilidad de incluir palabras o frases laudatorias que incentiven su consumo¹⁵⁵; v) La obligación de comercializar el producto bajo un mínimo y un máximo de unidades¹⁵⁶; v) La propagación de información busque desincentivar su consumo, así como la existencia de una política institucional que concientice sobre sus efectos¹⁵⁷; vii) La inclusión de advertencias sanitarias¹⁵⁸.

2.3 CONCEPTO, OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS

El *Plain Packaging*¹⁵⁹ se basa en el movimiento *The New Intellectual Property of Health*, el cual consiste en:

*The first legal and policy analysis of the intellectual property (ip) aspects of a rapidly growing category of regulatory measures affecting the presentation of certain health-related goods as diverse as tobacco, alcohol, unhealthy foods, baby formulas and pharmaceuticals.*¹⁶⁰

Dentro de esa nueva corriente Chapman y Freeman definen el *PP*, así:

Plain' packaging (sometimes called 'generic' or 'standardised' packaging) is the term given to Australia's pioneering national legislation which requires all tobacco products (cigarettes, roll-your-own tobacco, pipe tobacco and cigars)

Tabaco. Ginebra, Suiza, 2003, artículo 6 inciso 2.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 16

¹⁵² *Ibíd.*, p. 16.

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 16.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 11

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 11

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 16.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 16.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 10.

¹⁵⁹ Es pertinente recordar que en el presente proyecto no se analizará el grado de efectividad del *PP*, pues el análisis de investigaciones realizadas en distintos lugares, épocas y poblaciones se escapa a un estudio estrictamente teórico.

¹⁶⁰ El primer análisis legal y político de los aspectos de propiedad intelectual (IP) de una categoría de rápido crecimiento de medidas regulatorias que afectan la presentación de ciertos bienes relacionados con la salud tan diversos como tabaco, alcohol, alimentos no saludables, fórmulas para bebés y productos farmacéuticos. ALEMANNI, Alberto y BONADIO, Enrico. *The New Intellectual Property of Health beyond Plain Packaging*. Cheltenham.: Elgar Publishing Limited, 2016. p. 1.

*to be sold in prescribed packaging. All packaging for every brand is identical, except for the brand and variant names and the name of each brand's manufacturer, which still enable each brand to be clearly identified*¹⁶¹

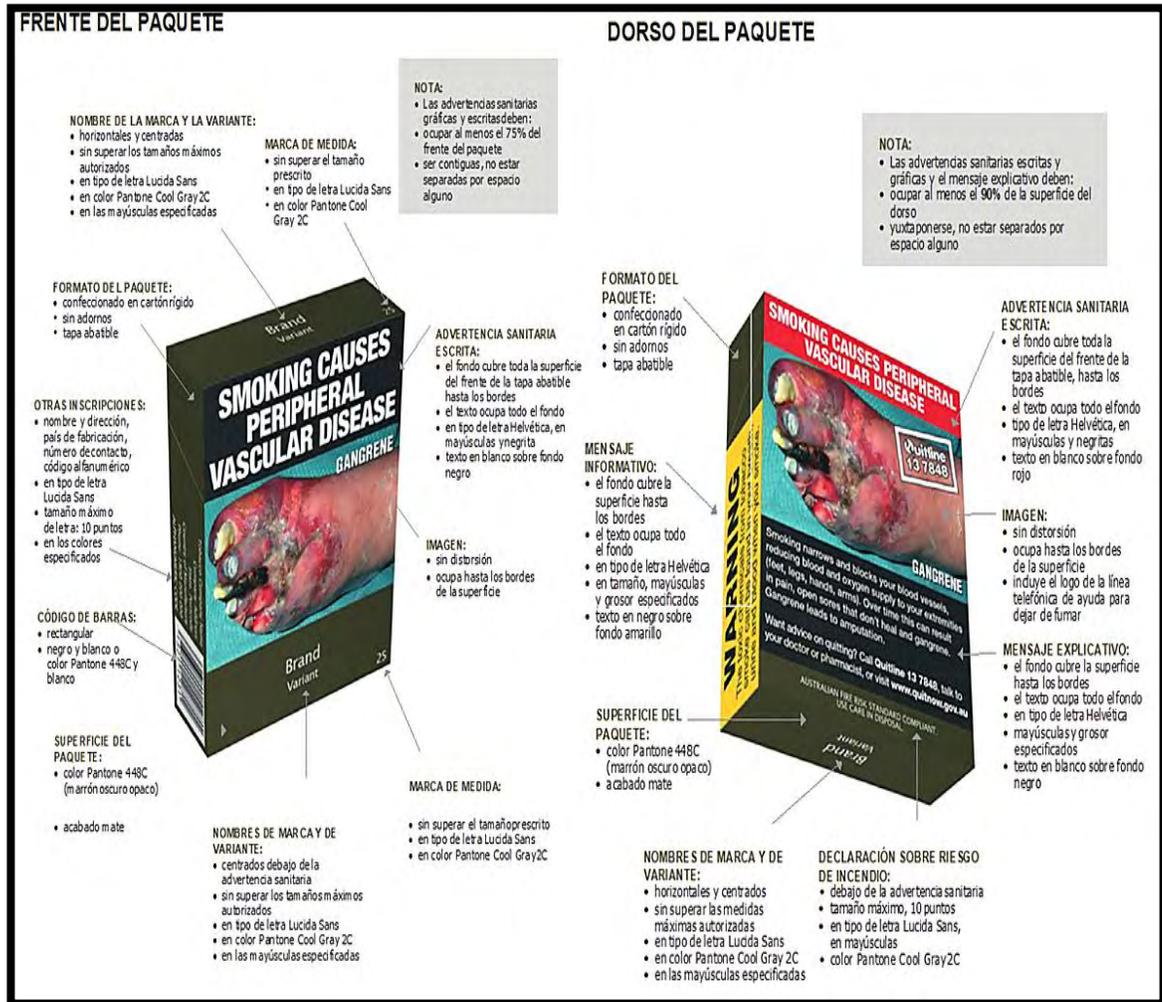
Ahora bien, siguiendo a Martínez y Vargas¹⁶², los objetivos que persigue el *PP* son i) Mejorar la salud pública al prevenir que las personas consuman tabaco; ii) Reducir la exposición al humo de cigarrillo; iii) Reducir el atractivo de los productos para los nuevos consumidores; iv) Aumentar la efectividad de las advertencias sanitarias; y vi) Reducir el riesgo de inducir a engaño respecto a los efectos nocivos de fumar. Por otra parte, la OMS¹⁶³ que las características del *PP* son i) Se aplica a todos los bienes derivados del tabaco; ii) La única forma de logotipo son las marcas y los nombres de los productos expuestos en un color y tipo de letra estándar; iii) Se estandariza el aspecto de todos los productos y se elimina cualquier tipo de logotipo, color, imagen de marca o información promocional que figure en el empaquetado iv) Se prohíben las etiquetas adhesivas, cajas, estuches y envoltorios, tanto interiores como exteriores, que enmascaren u oculten las advertencias sanitarias.

¹⁶¹ El empaquetado simple (a veces llamado empaquetado "genérico" o "estandarizado") es el término dado a la legislación nacional pionera de Australia que exige que todos los productos de tabaco (cigarrillos, tabaco para armar, tabaco para pipa y cigarros) se vendan en envases prescritos. Todos los envases de todas las marca son idénticos, a excepción de la marca y los nombres de las variantes y el nombre del fabricante de cada marca, que aún permiten que cada marca esté claramente identificada. BECKY, Freeman y CHAPMAN, Simon. *Removing the Emperor's Clothes. Australia and Tobacco Plain Packaging*. Sydney: Sydney University Press, 2014. p. 50.

¹⁶² MARTÍNEZ-SALCEDO, Juan Carlos y VARGAS-CHAVES, Iván. La Afectación de la Marca de Tabaco por las Medidas de Empaquetado Genérico. *En*: *Vniversitas*. Enero - Junio, 2015. No. 130., p. 235-272.

¹⁶³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Empaquetado Neutro de los Productos de Tabaco, Pruebas Empíricas, Diseño y Aplicación*. [s.l.]. OMS, 2017. p. 6.

Figura 3. Características del Empaquetado Genérico.



Fuente: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Empaquetado neutro de los productos de tabaco, pruebas empíricas, diseño y aplicación. [s.l.]. OMS, 2017. p. 30-31.

Respecto a sus efectos, la TPPA¹⁶⁴ otorga un periodo de tiempo para que se comercialice la mercancía sin etiquetar con el fin de evitar daños, además, se establece una excepción a la pérdida del derecho por falta de uso¹⁶⁵. Por último, la

¹⁶⁴ AUSTRALIA. THE PARLIAMENT OF AUSTRALIA. No. 148, 2011. (1, Diciembre, 2011). An Act to Discourage the Use of Tobacco Products, and for Related Purposes, artículo 100.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 1.

OMS¹⁶⁶, recomienda la tipificación de suspensiones, limitaciones o cancelaciones de licencias de actividad, permisos de comercio exterior y demás en caso de incumplimiento, ello debido a la elusión sobre las medidas del *PP* a través de la venta o distribución de estuches¹⁶⁷ o pegatinas¹⁶⁸ que enmascaran las advertencias, así como la inclusión de texturas, sonidos u olores que fomentan el consumo¹⁶⁹, pues en años recientes se han diseñado incluso paquetes interactivos que informan en que sitios se puede fumar a través de una aplicación¹⁷⁰.

Figura 4. Empaques Innovadores de Tabaco.



Fuente: HUNT, Daniel. From Today, Cigarette Packs Will Never Look The Same Again [en línea]. HUFFPOST. [Citado 1 Dicre 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2pEzy0i>

2.4 OTROS PRODUCTOS A LOS QUE SE APLICA

2.4.1 En Alimentos. Según Diez Canseco¹⁷¹, en la industria alimentaria los bienes más amenazados son la comida chatarra, los cereales, las gaseosas y los transgénicos, a los cuales se ha impuesto medidas que anteceden el *PP*, por ejemplo en Chile se eliminó aspectos gráficos para desincentivar el consumo de cereales.¹⁷² Por otra parte, se observa que las etiquetas que informan los

¹⁶⁶ WHO FRAMEWORK CONVENTION ON TOBACCO CONTROL. *Guidelines for Implementation of Article 11 of the Who Framework Convention on Tobacco Control (packaging and Labelling of Tobacco Products)*. Ginebra, 2012. Artículo 55

¹⁶⁷ SIMPSON, David. *Worldwide News and Comment. En: Tobacco Control*. Marzo, 2012. Vol. 21. No. 2. p. 82-86.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 82-86.

¹⁶⁹ CRAWFORD, Moodie. *Plain Tobacco Packaging: A Systematic Review*. Londres: University Of London, Institute Of Education, Social Science Research Unit, 2012. p. 24.

¹⁷⁰ BRUKETA & ZINIC & GREY. Ronhill Unlimited. [En línea]. 2011. Disponible en internet: <http://bit.ly/2CbKp7G>

¹⁷¹ DIÉZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José. *Plain Packaging: Una Amenaza A La Propiedad Intelectual Y Al Derecho De Los Consumidores*. [EN LINEA]. 14 de diciembre de 2015. [Citado en 1 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2BEcdkW>.

¹⁷² LA SILLA VACIA, La Mesa de Centro. Capítulo 13 – Dulce Censura [en línea]. 2017. [Citado en

contenidos de azúcar u otro son un antecedente que comienza común alrededor del mundo.

2.4.2 En Fármacos. Un debate similar comenzó a darse alrededor de los productos farmacéuticos, donde se recomendó el *PP* por las razones:

*(1) information about the active ingredient(s) contained in the medicine is not always easy to find; (2) the use of the same brand name for a range of products with different active ingredients resulting in look-alike medicine branding (this is known as brand extension or trade name extension); (3) medicine names that look alike and sound alike that can lead to use of the incorrect medicine; (4) medicine containers and packaging that look like those of another medicine; and (5) lack of a standardized format for information included on medicines' labels and packaging.*¹⁷³

La medida pretende brindar más información para disminuir los riesgos de muerte y enfermedad asociados con el consumo de productos farmacéuticos diferentes pero desarrollados sobre el mismo componente activo. En consecuencia, la aplicación del *PP* en fármacos es diferente de la aplicada al tabaco, pues no se busca desincentivar el consumo de productos farmacéuticos sino "(...) *indicate active ingredients on a significant part of the packaging of medicines with equal prominence to the brand name (...)*"¹⁷⁴, pues las personas no suelen recibir otra información distinta a la que viene incluida en el empaque. Sin embargo, es de observar que la implementación de una etiqueta que resalte el componente activo no requiere, *per se*, la estandarización de los empaques y la eliminación de los aspectos distintivos de la propiedad industrial, por tanto, el fin de la medida, consistente en informar al público, no tiene una relación directa con el empaquetado genérico, toda vez que dicha información puede agregarse sin afectar la propiedad intelectual.

11 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2CoqzX>

¹⁷³ (1) la información sobre los ingredientes activos que contiene el medicamento no siempre es fácil de encontrar; (2) el uso de la misma marca para una gama de productos con diferentes ingredientes activos da como resultado marcas de medicina similares (esto se conoce como extensión de marca o extensión de nombre comercial); (3) nombres de medicamentos que se parecen y suenan igual que pueden llevar al uso de un medicamento incorrecto; (4) empaques de medicamentos y envases que se parecen a los de otro medicamento; y (5) falta de un formato estandarizado para la información incluida en las etiquetas y el empaque de los medicamentos. AUSTRALIA, DEPARTMENT OF HEALTH, *Tga Medicine Labelling and Packaging Review* [en línea]. [Citado en 24 de Mayo de 2012]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2l2n1NA>

¹⁷⁴ "(...) indican ingredientes activos en una parte importante del envase del medicamento con la misma importancia que el nombre de marca (...)

Figura 5. El PP en Alimentos



Fuente: LA SILLA VACIA, La Mesa de Centro. Capítulo 13 – Dulce Censura [en línea]. 2017. [Citado en 11 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2CoqzX>

Figura 6. El PP en Medicamentos



Fuente: AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF HEALTH. TGA medicine labelling and packaging review [en línea]. 2012. [Citado en 11 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2l2nINA>

2.4.3 En Licores. La implementación del *PP* en licores ha sido justificada por estudios¹⁷⁵ bajo el argumento de que las advertencias que informan sobre el riesgo de cáncer asociado al alcohol resultaron más motivantes que aquellas que se limitaban a reemplazar su consumo por agua u otras bebidas, en consecuencia se provee la discusión del *PP* en productos con contenido alcohólico en próximos años.

¹⁷⁵ AUSTRALIA, DEPARTMENT OF HEALTH, Tga Medicine Labelling and Packaging Review. [En línea]. [Citado en 24 de Mayo de 2012]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2l2nINA> p.1-12.

2.5 EL PUNTO DE DISCUSIÓN

2.5.1 La Defensa del Empaquetado Genérico. La OMS, diversos Estados y ONGs consideran que los principales argumentos a favor del *PP* son:

2.5.1.1 El Principio De Precaución. El *PP* se funda en el Principio de Precaución que según la CC es “(...) un mandato general de obligatorio cumplimiento para la protección de los derechos fundamentales en la justicia constitucional, [según el cual] cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe(rá) utilizarse como razón suficiente para postergar la adopción de medidas eficaces que protejan los derechos fundamentales, de conformidad con la Constitución de 1991.”¹⁷⁶, bajo ese principio, resulta lógica una política que vuelve menos atractivo al tabaco aún sin contar con el 100% de efectividad.

2.5.1.2 La Disminución del Gasto. La OMS¹⁷⁷ sostiene que el tabaquismo es una de las epidemias más costosas, tan solo China invirtió 6500 millones de dólares a mediados de los noventa en el tratamiento de problemáticas asociadas, por tanto, el *PP* ayuda a disminuir los gastos en salud y mejora las finanzas del Estado.

2.5.1.3 El Convenio Contra el Tabaco. El *PP* es una consecuencia del artículo 2 del CMTC y de la Reglamentación del Artículo 11 del mismo¹⁷⁸, siendo el desarrollo de una obligación internacional más que una medida restrictiva.

2.5.1.4 La Eliminación del Modelo “Atractivo”. El *PP* busca eliminar la imagen elegante y sofisticada que los productos tabaqueros, en ese sentido, la eliminación de los aspectos más llamativos de la marca impedirá que niños y jóvenes adultos consuman desde temprana edad.

¹⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-365/17. (2, Junio, 2017). Bogotá. M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁷⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, La Organización Mundial De La Salud Afirma Que El Tabaco Es Malo Para Toda La Economía [en línea]. 2004. [Citado en 4 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2rnk02O>

¹⁷⁸ WHO FRAMEWORK CONVENTION ON TOBACCO CONTROL. *Guidelines for Implementation of Article 11 of the Who Framework Convention on Tobacco Control (packaging and Labelling of Tobacco Products)*. Ginebra, 2012.

2.5.1.5 El ADPIC y la Protección de la Salud Pública. Los principios del ADPIC¹⁷⁹ dan prevalencia a la protección de la salud pública de tal forma que puedan imponerse excepciones a los derechos de PI con el fin de proteger a los ciudadanos. Por otra parte, el artículo 17 del ADPIC no creó un derecho de uso sobre la marca, sino que estableció un derecho negativo al prohibir que terceros utilicen el signo registrado, en consecuencia, según FRANKEL y GERVAIS¹⁸⁰, no existe norma alguna que prohíba a los Estados limitar ciertos caracteres de la marca registrada, pues no existe norma que dé al titular el derecho a usar el signo en la forma que lo registró, además con la adopción de la Declaración de Doha, se consignó:

Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.¹⁸¹

En cuanto al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (CPPI), incluido por el artículo 2 del ADPIC, se afirma:

*The obvious comment is that there are no exceptions in the Paris Convention to the right to use a trademark because there is no need to create exceptions to a non-existent right. Frequently, the correct interpretation of a document is the obvious one. However, impliedly importing provisions from the much later TRIPS Agreement is hardly a means of interpreting the Paris Convention*¹⁸²

2.5.1.6 La Afectación Limitada. El PP no impide el uso de la marca en el comercio al mayoreo o dentro de facturas y recibos, además, Davison¹⁸³ sostiene

¹⁷⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Declaración Relativa Al Acuerdo Sobre Los Adpic Y La Salud Pública. (14, Noviembre, 2001). Inciso 2, artículo 8

¹⁸⁰ FRANKEL, Susy y GERVAIS, Daniel. *Plain Packaging and the Interpretation of the Trips Agreement*. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Noviembre, 2013. Vol. 45. No. 5. p. 1149-1214.

¹⁸¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Declaración Relativa Al Acuerdo Sobre Los Adpic Y La Salud Pública. (14, Noviembre, 2001), artículo 4.

¹⁸² El comentario obvio es que no hay excepciones en el Convenio de París sobre el derecho a usar una marca porque no es necesario crear excepciones a un derecho inexistente. Con frecuencia, la interpretación correcta de un documento es obvia. Sin embargo, la importación implícita de disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, muy posterior, difícilmente es un medio para interpretar el Convenio de París. VOON, Tania, et al. *Public Health and Plain Packaging Of Cigarettes Legal Issues*. 1 ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012. p. 89.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 93.

que la limitación del *PP* no afecta a las marcas denominativas cuando no tienen elementos engañosos, por tanto se restringe pero no se eliminan los derechos del titular.

2.5.1.7 Las Regulaciones no Generan Indemnización. El *PP* es una regulación de la propiedad y no una expropiación de la misma, pues el derecho se mantiene en cabeza de su titular, por tanto, no existe razón para indemnizar a las empresas afectadas que deben tolerar el gravamen en virtud de la función social de la propiedad.

2.5.2 Los Detractores del *Plain Packaging*. Las empresas tabaqueras y algunos investigadores consideran que los argumentos en contra del *PP* son:

2.5.2.1 Pérdida del Carácter Distintivo. Cándano Pérez¹⁸⁴ sostiene que el Empaquetado Genérico elimina la posibilidad de que una marca se convierta en notoria al tiempo que rompe el nexo entre la calidad del producto, su marca y el consumidor, en ese sentido, la marca podría perder su distintividad intrínseca si el elemento dominante es el gráfico y el conservado es sólo descriptivo o genérico. Por otra parte, se destruye la función de publicidad y de condensación del Good Will, pues ni siquiera se permite la promoción a través del poder motivante de la marca.

2.5.2.2 La Pérdida de la Confianza Inversionista. Con motivo del *PP* se crea un ambiente jurídico-económico desfavorable para la inversión extranjera, pues los inversionistas sufrirán pérdidas por la disminución del valor de sus marcas, además, dichas medidas resultan imprevisibles para los comerciantes e inversores rompiendo el principio de la Protección del Esfuerzo Empresarial.

2.5.2.3 La Falsificación y Contrabando. Al eliminar los caracteres distintivos se incentivarán la producción de bienes falsificados o de contrabando, pues la simplicidad del empaque genérico y su estandarización facilita su producción ilegal en masa, lo que afectará a los minoristas por la disminución de las ganancias de venta y a los jóvenes adultos que con un menor valor pueden acceder fácilmente al tabaco. En Colombia dicho argumento se fundaría en el boletín Retail¹⁸⁵ que ubica a los cigarrillos como el 6to producto más rentable para los minoristas.

¹⁸⁴ CÁNDANO PÉREZ, Mabel. Empaquetado Genérico: Retos y Desafíos para el Derecho Marcario. En: La Propiedad Inmaterial. Enero-junio, 2017. Vol. 23. p.183-213.

¹⁸⁵ SUPERTIENDAS, Los 50 Productos Más Rentables Para Las Tiendas. [En línea]. Boletín Retail. 2013. [Citado en 8 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2BHGUWZ>

2.5.2.4 La Perdida Absoluta. El PP eliminará a las marcas gráficas y no tradicionales, pues ninguno de sus caracteres resulta compatible, también se eliminarán las marcas notorias, de certificación, colectivas y demás que no sean acores, pues de nada sirve un signo registrado que no se puede utilizar.

2.5.2.5 El ADPIC y la Protección a la Marca. El *PP* limita los artículos 7 y 8 del ADPIC referentes a la protección de la PI y a la implementación de leyes según lo dicho en el acuerdo, por otra parte afecta el artículo 15 inciso 1 del ADPIC¹⁸⁶, que permite constituir una marca a partir de cualquier tipo de signo, pues la eliminación de los aspectos más relevantes de la marca desnaturaliza el objetivo de un registro libre al mantener indemnes sólo las marcas denominativas. En el mismo sentido contradice el artículo 15 inciso 4 que establece la imposibilidad de impedir el registro de una marca por la naturaleza de sus bienes, pues el *PP* establece una relación entre los productos y los signos que lo representan, vulnerando así los derechos de propiedad y rompiendo el principio de Independencia de la marca¹⁸⁷ y¹⁸⁸.

De otro lado el artículo 17 del ADPIC, según la British American Tobacco¹⁸⁹, establece implícitamente el derecho a usar la marca tal y como fue registrada, pues una marca que no puede ser vulnerada por terceros pero si por el Estado carece de sentido, en consecuencia, si el artículo 19 del ADPIC¹⁹⁰ establece el deber de usar la marca tal y como fue registrada, le asiste al titular el derecho de exigir su uso sin restricciones. Finalmente, contradice lo dicho por el artículo 20 del ADPIC, según el cual: “No se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales (...)”¹⁹¹ pues se limitó el uso del signo a costa de una medida restrictiva que no garantiza su cometido.

2.5.2.6 La Expropiación Causa Indemnización. El PP es una expropiación del derecho de propiedad, por tanto el Estado tienen la obligación de indemnizar los

¹⁸⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Declaración Relativa Al Acuerdo Sobre Los Adpic Y La Salud Pública. (14, Noviembre, 2001).

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 348.

¹⁸⁸ “(...) la naturaleza de los productos que representan la marca no pueden ser un obstáculo para su registro (...)” |

¹⁸⁹ BRITISH AMERICAN TOBACCO, y DELOITTE. *Tobacco Plain Packaging Regulation: An International Assessment of the Intended and Unintended Impacts*. [s.l.]. : British American Tobacco, 2011. 28 p.

¹⁹⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Declaración Relativa Al Acuerdo Sobre Los Adpic Y La Salud Pública. (14, Noviembre, 2001). Artículo 19.

¹⁹¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Declaración Relativa Al Acuerdo Sobre Los Adpic Y La Salud Pública. (14, Noviembre, 2001). Artículo 20.

perjuicios causados al aprovechar un derecho preexistente para su beneficio.

2.6 LAS SENTENCIAS JUDICIALES

Cómo era evidente, las empresas tabaqueras adelantaron acciones legales para evitar la implementación del empaquetado genérico, resultado de ello son las sentencias que se exponen a continuación.

2.6.1 Australia. En el caso australiano se planteó, entre otros, el problema jurídico de si la disposición acusada era una expropiación de los derechos de propiedad. La respuesta fue negativa, toda vez que:

*In summary, the TPP Act is part of a legislative scheme which places controls on the way in which tobacco products can be marketed. While the imposition of those controls may be said to constitute a taking in the sense that the plaintiffs' enjoyment of their intellectual property rights and related rights is restricted, the corresponding imposition of controls on the packaging and presentation of tobacco products does not involve the accrual of a benefit of a proprietary character to the Commonwealth which would constitute an acquisition. That conclusion is fatal to the case of both JTI and BAT.*¹⁹²

Por otra parte, respecto a la existencia de un derecho positivo se afirmó: “*The Commonwealth submitted that the property rights associated with the registered trademarks, design, patents and copyright asserted by JTI and BAT involve "a statutory assurance of exclusive use, not a positive right or authority to use." On that basis the imposition of restrictions on their use would take nothing away from the rights granted.*”¹⁹³ En consecuencia, el PP fue considerado legal. En similar sentido se expidió la sentencia de arbitramento adelantada en virtud del Convenio de Hong Kong¹⁹⁴, donde se consideró que la presentación del caso consistía en un

¹⁹² “En resumen, la Ley TPP es parte de un esquema legislativo que impone controles sobre la forma en que se pueden comercializar los productos de tabaco. Si bien se puede decir que la imposición de esos controles constituye una toma en el sentido de que el disfrute por parte de los demandantes de sus derechos de propiedad intelectual y derechos conexos está restringido, la imposición correspondiente de controles sobre el empaquetado y la presentación de productos de tabaco no implica la acumulación de un beneficio de un carácter de propiedad para la ManComunidad que constituya una adquisición. Esa conclusión es fatal para el caso de JTI y BAT.” AUSTRALIA. HIGH COURT OF AUSTRALIA. Matter No S409/2011. (9, Octubre, 2012). *Jt Internacional SA V Commonwealth of Australia*. p. 12.

¹⁹³ La ManComunidad afirmó que los derechos de propiedad asociados con las marcas registradas, diseños, patentes y derechos de autor afirmados por JTI y BAT implican “una garantía legal de uso exclusivo, no un derecho positivo o autoridad para usar”. Sobre esa base, la imposición de restricciones a su uso no quitara nada a los derechos otorgados. *Ibíd.*, p. 10.

¹⁹⁴ THE UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW RULES OF ARBITRATION AS REVISED IN 2010 (“UNCITRAL RULES”). Pca Case No. 2012-12. (Diciembre, 2012). *Jt Internacional SA V Commonwealth of Australia*.

abuso del derecho y se dio la razón al Estado Australiano condenando a los accionantes al pago de honorarios arbitrales. Finalmente, el litigio adelantado ante la OMC ha sido difundido como un éxito a favor de Australia¹⁹⁵, sin embargo, el último auto¹⁹⁶ declara que la sentencia aún no ha sido expedida.

2.6.2 Inglaterra. La sentencia consideró que el *PP* es una medida legítima y proporcional, pues los estados miembros de la Unión Europea cuentan con el derecho preexistente de implementar medidas que limiten el consumo de tabaco¹⁹⁷ toda vez que, i) Se analizó la evidencia suficiente para implementar la restricción¹⁹⁸, ii) Es proporcional a la luz del interés Público¹⁹⁹; iii) No presenta un carácter expropiatorio sino exclusivamente regulador²⁰⁰. En ese sentido se afirmó que “(...) *the state has not expropriated or taken away the rights for itself or to be handed to some third party (785)*”²⁰¹, pues el derecho de propiedad “(...) *is and always has been subjected to limitation: competition law, environmental law, health and safety law etc, all curtail in myriad ways a traders’ freedom to act without limit.*”²⁰²

2.6.3 Francia. Ante el Conseil d’Etat se interpuso demanda bajo el argumento de que el *PP* afectaba los artículos 2 y 17 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, sin embargo, el Consejo dispuso que al no prohibirse el uso de la marca se respetó los mencionados buscando “(...) *objectif de neutralité fixé par le législateur, interdire l’apposition des marques figuratives et semi-figuratives sur ces conditionnements en ce qu’elles sont susceptibles de constituer une forme de publicité.*”²⁰³. Por otra parte, se argumentó que el *PP* es contrario al

¹⁹⁵ *THE GUARDIAN, Tobacco Industry Suffers Defeat As Wto Upholds Australia's Plain Packaging Laws.* En: The Guardian, 2017.

¹⁹⁶ *WORLD TRADE ORGANIZATION, Australia — Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging* [en línea]. 2014. [Citado en 1 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2zE52ba>

¹⁹⁷ *INGLATERRA. IN THE HIGH COURT OF JUSTICE.* Case No: Co/2322/2015. 2016). London. Párrafo 275.

¹⁹⁸ *Ibid.*, Párrafo 404.

¹⁹⁹ *Ibid.*, Párrafo 711.

²⁰⁰ *Ibid.*, Párrafo 784.

²⁰¹ “(...) el estado no ha expropiado ni quitado los derechos para sí mismo o para ser entregado a un tercero (...)” *Ibid.*, párrafo 785.

²⁰² “(...) está y siempre ha estado sujeto a limitaciones: el derecho de la competencia, el derecho ambiental, el derecho de salud y seguridad, etc., restringen de muchas maneras la libertad de los comerciantes de actuar sin límite.”. *Ibid.*, Párrafo 860

²⁰³ “(...) el objetivo de neutralidad establecido por el legislador, prohíbe la colocación de marcas figurativas y semifigurativas en estos envases, ya que pueden constituir una forma de publicidad.” *LE CONSEIL D’ÉTAT ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, CE, 23 Décembre 2016, Société Jt International Sa, Société D’exploitation Industrielle Des Tabacs Et Des Allumettes, Société Philip Morris France Sa Et Autres* [en línea]. 2016. [Citado en 23 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2CeAi63>

artículo 6 del CPPI y 15 del ADPIC, según los cuales se debe proteger el derecho a registrar una marca, sin embargo el Consejo sostuvo que las medidas del *PP* “(...) *ne sont pas incompatibles avec ces stipulations dès lors qu’il reste loisible aux opérateurs économiques, sous l’empire des dispositions du droit national, de demander l’enregistrement de toute marque correspondant à un produit du tabac et d’en obtenir, le cas échéant, la protection par le juge (...)*”²⁰⁴. Finalmente se reiteró el carácter negativo del derecho y la inexistencia de un derecho de uso..

²⁰⁴ (...) no son incompatibles con estas estipulaciones, siempre que los operadores económicos, con arreglo a las disposiciones de la legislación nacional, puedan solicitar el registro de cualquier marca correspondiente a un producto de tabaco y obtener, en su caso, protección del juez (...) *Ibíd.*, p. 1.

3. DESATANDO EL NUDO

3.1 LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL, COMUNITARIA Y NACIONAL

Sea lo primero determinar la relación entre el OJ de la CAN y el OJ Nacional e internacional. En primer lugar, según el Principio de Supremacía del Derecho Comunitario²⁰⁵ y el Principio de Supranacionalidad²⁰⁶, el OJ de la CAN prevalece ante las normas nacionales e internacionales debidamente ratificadas, en ese sentido, la CC²⁰⁷ Sostiene que la prevalencia desplaza más no deroga las normas afectadas. En segundo lugar, la CC²⁰⁸ sostiene que no existe superioridad o jerarquía idéntica entre el OJ de la CAN y la CN pues el derecho comunitario no forma parte de la norma constitucional, en consecuencia, la CC²⁰⁹ se reservó el derecho in aplicar las decisiones del TJCA cuando sean ineficaces para corregir decisiones o actos que violen los principios jurídicos superiores, mientras el TJCA²¹⁰ afirmó que el OJ de la CAN prevalece, incluso sobre la CN, en virtud del Principio de Preeminencia de La Normatividad Comunitaria, por tanto, existe un debate jurisdiccional entre altas corporaciones.

Respecto a las normas internacionales, la CC²¹¹ estableció que tienen el mismo peso que las leyes ordinarias y se ven sometidos a la CN salvo por, i) El bloque de constitucionalidad, entendido por la CC²¹² como aquella figura que permite incluir los tratados internacionales como parte íntegra de la CN(sentido estricto), o como parámetros de revisión de las normas ordinarias (sentido leve); y ii) El principio Pacta Sunt Servanda, que según la CC²¹³, otorga a las normas internacionales un

²⁰⁵ “En caso de presentarse antinomias entre el derecho comunitario andino y el derecho interno de los países miembros, prevalece el primero, al igual que al presentarse antinomias entre el derecho comunitario y las normas de derecho internacional.” TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 148-ip-2013. (11, Septiembre, 2013). Quito, sin M.P.

²⁰⁶ “(...) la supranacionalidad se refiere a que “(...) los países miembros de una organización se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional (...)”, COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-137/96. (9, Abril, 1996). Bogotá. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰⁷ *Ibíd.*, p.1.

²⁰⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-256/98. (27, Mayo, 1998). Bogotá. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

²⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-231/97. (15, Mayo, 1997). Bogotá. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 50-ip-2017. (24, Abril, 2017). Quito, M.P. Hugo Ramiro Gómez Apac.

²¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-191/98. (6, Mayo, 1998). Bogotá. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

²¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-358/97. (5, Agosto, 1997). Bogotá. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

²¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-400/98. (10, Agosto, 1998). Bogotá. M.P. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

grado de prevalencia moderada sin implicar la inconstitucionalidad de la norma nacional, pues de lo contrario no existiría concordancia con las obligaciones internacionales. Finalmente la anterior interpretación sólo se aplicará en caso de antinomias, pues siempre predominará una lectura armónica entre las distintas normas.

3.2 ANÁLISIS LEGAL

3.2.1 Los Antecedentes Cumplidos. En cuanto a los antecedentes del PP, se encuentra que se implementó un impuesto progresivo al consumo de tabaco²¹⁴ en el 2017, mientras que todas las medidas no monetarias han sido implementadas a dichos productos a través de la ley 1335 de 2009²¹⁵, de lo anterior se concluye que existe una gran posibilidad de discutir el PP en Colombia, por lo que se realizará un análisis de la medida.

3.2.2 Respecto al Incumplimiento de una Obligación Externa. Se observa que no existe vulneración del artículo 15 del ADPIC, pues se permite la inscripción de marcas tabaqueras y se protege el registro de las vigentes ante una eventual cancelación por falta de uso, por otra parte, el argumento según el cual se rompe el principio de independencia de la marca al no poder utilizar los signos asociados al tabaco carece de fundamento, pues, tal como afirma Voon²¹⁶, tanto el ADPIC como el CPPI establecen dicho principio con motivo del registro de la marca, acto que en ningún momento se ve limitado por el PP, por tanto, el argumento deviene en infundado.

Por otra parte, el artículo 17 no es aplicable al caso toda vez que, *“Thus, trademark rights are negative rights: ‘rights to exclude, rather than to use’, and ‘Article 17 is about limiting the rights of trademark owners to prevent others from using signs similar or identical to the protected trademarks’*²¹⁷, en consecuencia, al no existir un derecho positivo el argumento resulta infundado.

En lo que al artículo 20 del ADPIC se refiere resulta aplicable lo siguiente:

²¹⁴ PORTAFOLIO, Impuesto A Los Cigarrillos Se Aumentaría Con Gradualidad [en línea]. 2016. [Citado en 10 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2zCBKtH>

²¹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1335 De 2009. (21, Julio, 2009). Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana. Bogotá: Diario Oficial 47.417 de julio 21 de 2009

²¹⁶ VOON, Tania, et al. *Public Health and Plain Packaging Of Cigarettes Legal Issues*. 1 ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012. p. 113.

²¹⁷ Por lo tanto, los derechos de marca son derechos negativos: 'derechos para excluir, en lugar de usar', y 'el Artículo 17 es sobre limitar los derechos de los propietarios de marcas a evitar que otros usen signos similares o idénticos a las marcas registradas. *Ibíd.*, p. 116.

There are two basic competing views of what it means to encumber the use of a trademark for the purposes of Article 20. The first, broad view is that a total prohibition on use constitutes an encumbrance by special requirements. The alternative, narrow view is that an encumbrance can only be some form of positive requirement about how a trademark is used, not a ban on use. (...) But the 'special requirements' constituting the encumbrance are requirements relating to actual use, not partial or total prohibition of use. Thus, Article 20 applies only to positive requirements regulating the use of a trademark, not partial or total prohibitions of the use of a trademark.²¹⁸

Por tanto, el argumento de que se vulnera el artículo 20 del ADPIC es infundado. En cuanto a la naturaleza del derecho la respuesta es clara al tratarse del ADPIC, pues diversos Tribunales internacionales han reconocido, de manera explícita, que el derecho de marcas ostenta un carácter estrictamente negativo, de tal forma que no puede solicitarse la protección del derecho a usar el signo tal y como fue registrado sino que únicamente puede exigirse la existencia de acciones y mecanismos eficaces para proteger el uso del signo ante terceros, al respecto se ha dicho:

Article 17 refers to 'the rights conferred by a trademark' and, therefore, in turn refers to the rights described in Article 16. Article 17 gives an example of an exception, 'fair use of descriptive terms', which clearly refers to use by a third party, thus providing confirmation, if any were needed, that Article 16 does not confer any positive right to use a trademark.²¹⁹

Sin embargo, el problema surge cuando el TJCA reconoce de manera expresa el derecho positivo de explotar el signo. El autor del presente escrito considera que son dos las posiciones que puede tomar el TJCA. La primera interpretación define "explotación", como aquella facultad de usar el signo con ciertas restricciones, dicha postura se sostiene sobre los siguientes argumentos, i) el Tribunal podría considerar que un uso limitado de la marca es acorde con los objetivos del

²¹⁸ Hay dos puntos de vista opuestos básicos sobre lo que significa gravar el uso de una marca de fábrica o de comercio a los efectos del artículo 20. La primera y amplia opinión es que una prohibición total del uso constituye un obstáculo por requisitos especiales. La visión alternativa y limitada es que un gravamen solo puede ser una forma de requisito positivo sobre cómo se usa una marca, no una prohibición de uso. (...) Pero los 'requisitos especiales' que constituyen el gravamen son los requisitos relacionados con el uso real, no la prohibición parcial o total de uso. Por lo tanto, el Artículo 20 se aplica solo a los requisitos positivos que regulan el uso de una marca, no a prohibiciones parciales o totales del uso de una marca comercial. VOON, Tania, et al. *Public Health and Plain Packaging Of Cigarettes Legal Issues*. 1 ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012. p. 113.

²¹⁹ "El artículo 17 se refiere a "los derechos conferidos por una marca" y, por lo tanto, se refiere a los derechos descritos en el artículo 16. El artículo 17 da un ejemplo de una excepción, "uso equitativo de términos descriptivos", que se refiere claramente al uso por un tercero, proporcionando así la confirmación, de ser necesaria, de que el artículo 16 no confiere ningún derecho positivo de uso de una marca". *Ibíd.*, p. 93.

acuerdo de Cartagena²²⁰, pues con ello se protege la salud de los consumidores; ii) el uso de las marcas denominativas se mantiene inalterado en el comercio; iii) El uso de las marcas en las facturas o a través de intercambios comerciales permanece indemne, lo que garantiza su uso en el mercado; iv) Los signos no pueden ser cancelados, pues no son usados debido a la disposición de una norma, en consecuencia se protege su registro.

La segunda interpretación entiende por “explotación” el derecho de utilizar el signo tal y como fue registrado, lo cual se respalda por, i) La función esencial de la marca es distinguir y diferenciar un bien en el mercado; ii) Las marcas gráficas, no tradicionales y demás que no contengan un aspecto denominativo pierden su utilidad de facto; iii) El exigir el uso del signo tal y como fue registrado para mantener su vigencia crea el derecho a usarlo en la misma medida; iv) El OJ de la CAN prevalece sobre el CMCT y el ADPIC.

Si el TJCA elige la toma interpretación el Estado colombiano no será condenado en la acción de incumplimiento, sin embargo, si el TJCA acoge la segunda interpretación él Estado se verá obligado a indemnizar los daños y perjuicios²²¹ causados a los demandantes, al tiempo que deberá tomar todas las medidas pertinentes para detener dicha situación, pese a ello, el peor de los escenarios consiste en una pugna jurisdiccional entre la CC y el TJCA, pues como se vio no existe una jerarquía establecida entre los dos organismos, en consecuencia, la declaratoria de incumplimiento podría conllevar una contradicción respecto a una norma que es considerada constitucional dentro del OJ nacional pero no por el comunitario, lo que afectaría las relaciones comerciales con los demás miembros de la CAN. El escenario resulta poco probable pero posible.

De otro lado, en lo que concierne al OJ de la CAN, la disposición encuentra otro obstáculo en el literal b del artículo 155 de la Decisión 486, el cual establece la prohibición de “suprimir o modificar la marca con fines comerciales, después de que se hubiese aplicado o colocado sobre los productos para los cuales se ha registrado (...)”²²², si bien del anterior aparte podría extraerse una interpretación que considere por fin comercial el efecto positivo o negativo de influir en el comercio, lo cierto es que la disposición va más dirigida a garantizar excepciones que permitan suprimir el signo bajo motivos diferentes a un fin comercial, entendido como el objetivo de perseguir cierto beneficio o ganancia que repercuta de manera directa en favor del infractor, por tanto, a excepción de lo referente al derecho de explotación, el OJ de la CAN no resulta contradictorio para la

²²⁰ LOS GOBIERNOS DE BOLIVIA, COLOMBIA, EL ECUADOR, EL PERÚ Y VENEZUELA. Acuerdo De Integración Subregional Andino. (26, Mayo, 1969). Cartagena, artículo 129

²²¹ SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, .Manual Del Sistema Andino De Solución De Controversias. Lima.: Realidades S.a., 2007. 21 p.

²²² COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial Del Acuerdo De Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600. p. 38.

aplicación del PP.

Por último, los artículos más relevantes del CPPI se ven incluidos en el ADPIC por medio de su artículo segundo, lo que sumado a la existencia de disposiciones similares hace que el análisis anterior le sea plenamente aplicable. En el mismo sentido, en cuanto al TLC firmado con EEUU²²³, se observa que el artículo 16.1.6 aplicará lo dicho por el ADPIC a la regulación del derecho de marcas, lo que aunado a que el artículo 16.2.4 establece un derecho negativo en forma similar al ADPIC hace que la interpretación anterior le sea aplicable íntegramente.

3.2.3 Regulación o Expropiación. La expropiación es “una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”²²⁴, En consecuencia, “Cuando un particular se ve constreñido por el Estado a transferirle una porción de su patrimonio por motivos de utilidad pública o de interés social debidamente determinados por el legislador, tiene derecho al pago de una indemnización previa, que comprenda tanto el valor del bien expropiado, como el que corresponda a los demás perjuicios que se le hubieren causado(...)”²²⁵. Por otra parte, la regulación es entendida por la RAE, como el acto de “Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo.”²²⁶.

Respecto a los anteriores conceptos, sea lo primero entender que tanto la expropiación como la regulación del derecho de propiedad son limitaciones, simplemente que según la CC²²⁷, la expropiación es la limitación más gravosa dentro del OJ. Ahora bien, a pesar del carácter sumamente restrictivo del PP este no encaja en la definición de expropiación que maneja el OJ Colombiano, pues para que exista expropiación se requiere "... cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien..."²²⁸, y a diferencia de lo que puedan afirmar los detractores del PP, la transferencia nunca ocurre, pues el Estado colombiano no pasaría a ser el nuevo propietario de las marcas restringidas, en primer lugar debido a que el registro se mantiene indemne bajo la titularidad de su legítimo dueño y en segundo lugar porque el Estado colombiano no ostenta ningún

²²³ TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS. (15, Mayo 2002), Artículo 16.1.6.

²²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-227/11. (30, Marzo, 2011). Bogotá. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario De La Real Academia Española. Definición de Regular. [En línea]. [Citado en 15 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2l8402W>

²²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-189/06. (15, Marzo, 2006). Bogotá. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

²²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-227/11. Óp. Cit. p. 1.

derecho de dominio sobre las marcas restringidas, así como tampoco disfruta, goza o usa las mismas, por ello no existe una expropiación del derecho de propiedad ni un derecho a indemnización derivado del mismo.

Sin embargo, el autor del presente proyecto considera que la indemnización por la implementación del *PP* podría solicitarse en virtud de la denominada *Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador*, la cual ocurre, según la CC²²⁹, ante la presencia de un daño antijurídico que no requiere ser ilegal, dicha demanda se sustentaría en la teoría del "...daño provocado por limitaciones impuestas al derecho de propiedad que privan de alguno de los atributos o facultades esenciales..."²³⁰, entendido como el daño provocado por una limitación tan restrictiva que desnaturaliza el derecho de propiedad al eliminar una de sus características fundamentales, teoría que se adecua al presente caso cuando, i) Se elimina función principal de la marca, como es su distintividad, al borrar los caracteres más relevantes de la misma dejando sin utilidad su registro; y ii) De nada sirve un signo distintivo registrado que no puede ser utilizado para diferenciar productos y servicios.

3.2.4 La Pérdida del Carácter Distintivo. En cuanto a la pérdida del carácter distintivo, la TPPA establece en su artículo 28 una excepción que protege a las marcas tabaqueras frente a la cancelación por falta de uso, en este sentido, el argumento según el cual la eliminación del elemento dominante de una marca mixta conlleva la pérdida de su derecho es infundado, pues se encuentran amparada por una justificación de orden legal que lo impide, siendo acorde con la Decisión 486²³¹.

3.2.5 La Pérdida de la Confianza Inversionista. Si bien la confianza inversionista no es una premisa legal, si es un elemento importante ante la implementación de una norma, frente a ello se observa que la implementación del *PP* no afecta a los inversores tabaqueros pues "el inversor que entra en un sector sujeto tradicionalmente a un alto grado de reglamentación debe tener presente la situación reglamentaria."²³², sin embargo, si afecta la confianza inversionista de otros sectores por su carácter indeterminado e impredecible, pues resulta aplicable a cualquier producto sin reglas claras previamente establecidas.

²²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-038/06. (1, Febrero, 2006). Bogotá. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Limitación Y Expropiación: Scilla Y Caribdis De La Dogmática Constitucional De La Propiedad. En: Revista Chilena De Derecho. 2006. Vol. 33. No. 2., p.285-333.

²³¹ COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial Del Acuerdo De Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600.

²³² TUDOR, Ioana. *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*. [s.l.]: Oxford Scholarship, 2008. 145 p.

3.2.6 El Incremento del Contrabando y la Falsificación. El análisis del incremento de productos falsificados y de contrabando o la disminución de los precios en el mercado se escapa a un estudio estrictamente jurídico, sin embargo, diversos documentos expedidos por el gobierno de Australia²³³ demuestran que no se incrementó el contrabando ni la falsificación, al tiempo que los precios de los productos tabaqueros no disminuyeron sino que se incrementaron con la implementación del *PP*.

3.3 ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD

3.3.1 El Contenido y Alcance de las Disposiciones Acusadas. El enunciado normativo acusado sería la TPPA aplicada al O.J. Colombiano, en específico la disposición que elimina los caracteres gráficos de la marca e impide el uso de marcas distintas a las puramente denominativas que sean escritas en una letra estándar²³⁴.

3.3.2 Las Reglas del Análisis de Constitucionalidad. La CC Considera que los preceptos aplicables para determinar la validez de una intervención del Estado en la economía son las descritas a continuación:

- i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial (...); iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.²³⁵

3.3.2.1 La Implementación Mediante una Norma. Se observa que la implementación del *PP* se realizará a través de una norma emitida por el Congreso, pues le asiste dicha facultad en virtud del numeral 24 del artículo 150 de la Constitución nacional, según el cual, el Congreso regulará los aspectos relativos a la propiedad industrial.

3.3.2.2 Los Motivos Adecuados que Justifican la Medida. Entre ellos se encuentra i) La protección del derecho a la salud de los consumidores; ii) La disminución del consumo de tabaco en niños, niñas y adolescentes; iii) Convertir al

²³³ GOBIERNO DE AUSTRALIA DEPARTAMENTO DE SALUD. *Post-implementation Review Tobacco Plain Packaging 2016*. [s.l.]. : Gobierno De Australia, 2016. 47 p.

²³⁴ AUSTRALIA. THE PARLIAMENT OF AUSTRALIA. No. 148, 2011. (1, Diciembre, 2011). *An Act to Discourage the Use of Tobacco Products, and for Related Purposes*, artículo 20.

²³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-615/02. (8, Agosto, 2002). Bogotá. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

tabaco en un producto menos atractivo al eliminar su aparente carácter " sofisticado" y "elegante", lo que disminuye su apariencia engañosa; iv) Disminuir el consumo de tabaco para reducir del gasto público que se invierte en el tratamiento de afecciones relacionadas como el cáncer.

3.3.2.3 El Principio de Solidaridad. Se observa que la norma busca cumplir con finalidades sociales de primer orden como la protección de la salud pública y del gasto público, en ese sentido, se encuentra que el Estado Colombiano:

Consiente la producción y comercialización de un producto intrínsecamente nocivo para la integridad física y el ambiente, pero restringe en alto grado la posibilidad que su consumo sea promovido directa o indirectamente. Ello con el único propósito de desincentivar (más no prohibir) su uso y, de esta manera, incidir negativamente en los ingentes costos sociales que se derivan de las enfermedades y demás efectos dañinos que se generan del consumo de tabaco²³⁶

Por otra parte se observa que las limitaciones impuestas son acordes con la función social de la propiedad privada, pues el titular del derecho debe soportar un gravamen en busca de mejorar las condiciones de vida de la comunidad.

3.3.3 El Núcleo Esencial y los Criterios de Proporcionalidad. Para determinar los numerales ii) y v) debe realizarse un control de constitucionalidad leve sobre las siguientes premisas:

(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume.²³⁷

Se aplicará el test leve pues no se cumplen los requisitos de un análisis estricto²³⁸ al tratarse de una limitación de orden económico, en ese sentido se observa que:

²³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-830/10(20, Octubre, 2010). Bogotá. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

²³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-624/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²³⁸ El test estricto se aplica ante la existencia de una discriminación fundada en motivos constitucionalmente inadmisibles, ante la afectación desfavorablemente a sujetos de especial protección constitucional, ante un privilegio o frente a una incidencia directa y grave en el goce de los derechos fundamentales. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-015/14. (23, Enero, 2014). Bogotá. M.P. Mauricio González Cuervo.

Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad.²³⁹

3.3.3.1 La Constitución no lo Prohíbe. La limitación de los caracteres distintivos de las marcas, pues el derecho de propiedad establece la prevalencia del interés público sobre el interés privado, de tal forma que una medida que mantiene el derecho de dominio en cabeza de su titular no resulta prohibitiva a la luz de la Carta.

3.3.3.2 La Medida es Potencialmente Adecuada. Ello en el entendido de que diversos estudios internacionales acreditan una alta probabilidad de efectividad, si bien es cierto que no alcanza el 100% de certeza y que al respecto existe un fuerte debate dentro de la comunidad científica, lo más acertado es afirmar que tiene potencial para disminuir el consumo debido a la relación que existe entre el atractivo y la adquisición de un producto.

3.3.3.3 La Proporcionalidad de la Relación. La medida no es manifiestamente innecesaria, pues, de acuerdo con el Ministerio de Salud²⁴⁰ en Colombia el 12.8% de la población entre los 18 y 69 años consumen tabaco, por tanto resulta necesario reducir su consumo para proteger la salud de los consumidores.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida, se observa que el grado de afectación de la propiedad privada no puede ser leve, pues a diferencia de las etiquetas de advertencia, el *PP* elimina caracteres distintivos limitando así el derecho de uso de del signo, sin embargo, la limitación tampoco es grave, pues debe considerarse que el uso de la propiedad es solo uno de los aspectos que conforman el derecho, por lo que al mantenerse la titularidad del dominio y el derecho de transferirlo, se conserva el núcleo esencial del mismo, lo que convierte a la restricción en intermedia²⁴¹. En contraposición, se tiene que el grado de

²³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-015/14. (23, Enero, 2014). Bogotá. M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁴⁰ MINISTERIO DE SALUD, Socialización Del Informe Final De Evaluación De Necesidades Para La Ampliación Del Convenio Marco De Control Del Tabaco Cifras Oficiales Para Colombia [en línea]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2DvPusp>

²⁴¹ Tal como lo sostiene Bernal Pulido, el peso de un principio puede cambiar dependiendo de las

satisfacción del derecho a la salud sería alto, no porque se haya demostrado el 100% de efectividad del PP, sino porque la medida cumple con el mínimo de racionalidad exigido al Congreso, pues se observa evidencia de sus efectos positivos, la búsqueda del cumplimiento de obligaciones internacionales, el desarrollo de los fines del Estado y su concordancia con los fallos de Tribunales internacionales. En el mismo sentido, la CC ha manifestado que:

La definición del contenido y de alcance de estas libertades económicas debe analizarse necesariamente a partir del reconocimiento de la potestad estatal de la dirección general de la economía, cuyo objetivo es la satisfacción de principios y valores superiores vinculados con la supremacía del interés general. Ese reconocimiento implica, entre otros aspectos, la admisibilidad prima facie de medidas legislativas y administrativas que regulen y limiten las libertades económicas, siempre y cuando se ajusten a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, juicio que tendrá un nivel de escrutinio débil, en razón de la fórmula constitucional que reconoce la necesidad de intervención del Estado en el mercado, a fin de asegurar los propósitos previstos en la Carta Política.²⁴²

Por tanto la medida es proporcional a la luz del test leve de proporcionalidad.

3.3.3.4 El Desconocimiento del Núcleo Esencial. Según la CC “(...) el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada lo constituye el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular.”²⁴³ En consecuencia, pese a las evidentes restricciones al derecho de propiedad impuestas por el PP, no puede afirmarse *per se* que dicha medida restringe el núcleo esencial del derecho de propiedad, pues i) No expropia el derecho de marca; ii) Permite el uso del aspecto denominativo del signo; iii) Mantiene el uso del signo en transacciones comerciales o en el uso de facturas comerciales; iv) Evita la cancelación o la nulidad cuando la marca pierden su carácter distintivo o no pueden ser utilizada en virtud del empaquetado genérico; v) el titular de la marca conserva las facultades para transferir, ceder, vender o renunciar al derecho; vi) Se conservan todas las acciones necesarias para proteger el uso indebido por parte de terceros; vii) No prohíbe la comercialización de productos tabaqueros; viii) No prohíbe el uso de marcas en los productos. Por

circunstancias de hecho y de derecho que se apliquen al caso, en consecuencia no se considera una intervención leve, como lo sostiene Robert Alexy al analizar la inclusión de avisos en los productos tabaqueros, pues en el PP afecta directamente el derecho de propiedad y no se limita a una parte reducida del empaque como las etiquetas. CARBONEL, Miguel, et al. .El Principio De Proporcionalidad En El Estado Constitucional. Bogotá.: Universidad Externado De Colombia, 2007. 73 p.

²⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-830/10(20, Octubre, 2010). Bogotá. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-133/09. (25, Febrero, 2009). Bogotá. M.P. Jaime Araújo Rentería.

tanto no se restringe el núcleo esencial del derecho.

Finalmente, la CC ²⁴⁴ podría aplicar un test intermedio de proporcionalidad en virtud de la afectación a la libre competencia que se causa con motivo los riesgos de confusión, asociación, dilución o uso parasitario a los que podrían verse sometidos los consumidores. Frente a esa hipótesis, la medida requerirá ser constitucionalmente importante y efectivamente conducente, ante ello se puede afirmar con facilidad que la importancia constitucional de la medida se encuentra en la protección del derecho a la salud como fin, derecho y deber del Estado, sin embargo, el aspecto conducente de la restricción quedará relegado a un debate probatorio en el que se discutirá la efectividad del empaquetado genérico, lo que se escapa a un estudio teórico como el presente.

3.4 EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

Posner²⁴⁵ y ²⁴⁶ fundamenta su teoría sobre los postulados del hombre racional, en ese sentido considera que los incentivos determinan los comportamientos de las personas tanto en la economía como en el derecho, lo que en palabras de Bejarano²⁴⁷ viene a significar que la reacción consiente a los estímulos de una sanción modela el comportamiento de los ciudadanos. Ahora bien, de acuerdo con Posner²⁴⁸, la marca tiene la función de asegurar la calidad uniforme del bien e identificar su origen, lo que disminuye los costos de búsqueda del consumidor al permitirle acceder a los bienes sin ser tan prevenido como lo sería en ausencia de las marcas, por tanto, el incremento en el precio del bien en razón de los gastos incurridos por la protección de la marca son menores al gasto que podría afrontar en ausencia de la capacidad diferenciadora del signo, pues ello podría generar graves detrimentos a su salud.

De lo anterior se deduce que la marca es una herramienta en beneficio del consumidor, sin embargo²⁴⁹, puede ser regulada de forma directa cuando el Estado busca prevenir la ocurrencia de un daño por la dificultad de los particulares

²⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-115/17. (22, Febrero, 2017). Bogotá. M.P. Alejandro Linares Cantillo

²⁴⁵ POSNER, Richard. .Economic Analysis of Law. Fondo De Cultura Económica. 6 ed. New York.: Aspen Publishers, 2007. p. 26.

²⁴⁶ Es preciso recalcar que el AED se fundamenta en estudios empíricos sobre el funcionamiento de las medidas, por tanto lo aquí presentado es tan sólo un esbozo general que permite observar las contradicciones más evidentes que enfrenta la implementación del PP ante el AED, pues para determinar exactamente la efectividad de la medida se requiere datos cuantitativos y cualitativos que permitan argumentar más allá de los estudios estrictamente teóricos.

²⁴⁷ BEJARANO, Jesús Antonio. El Análisis Económico Del Derecho: Comentarios Sobre Textos Básicos. En: Revista De Economía Institucional. Noviembre, 1999. Vol. 1. No. 1., p.155-167.

²⁴⁸ POSNER. Óp. Cit., p. 77.

²⁴⁹ POSNER, Richard. .Economic Analysis of Law. Fondo De Cultura Económica. 6 ed. New York.: Aspen Publishers, 2007. p. 590.

para solicitar una indemnización de manera individual, pues de lo contrario, las empresas se verían incentivadas a disminuir la calidad de sus productos ante el bajo nivel de éxito que conllevan los procesos judiciales individuales en su contra.

En ese sentido la implementación de una regulación directa resultaría más eficaz para limitar el consumo de tabaco, pese a ello, la problemática se centra alrededor de los incentivos que harían efectivo el *PP* en una persona racional²⁵⁰, pues el hecho de degradar las características llamativas de la marca no sería suficiente para amedrentar el consumo de un bien altamente adictivo, en ese sentido, se observa que el incentivo negativo más fuerte propuesto por el *PP* es el entendimiento e interiorización de las consecuencias nefastas que conlleva el consumo del tabaco a través de la ampliación de las advertencias y la restricción de la marca, sin embargo, la medida resulta poco efectiva, pues la asociación del consumo de tabaco con distintas enfermedades es una información de público conocimiento que no se verá ampliada por la eliminación de los caracteres distintivos de la marca. Consecuencia de lo anterior es que los costos de implementación del *PP* superen a sus beneficios²⁵¹, pues no se crea un incentivo negativo adicional que disminuya el consumo de tabaco pero si una afectación en contra del carácter distintivo de la marca, lo que podría causar el consumo de productos más nocivos que los legalmente regulados, incrementando así las afecciones a la salud pública que se pretenden evitar.

3.5 CRÍTICA SOCIAL AL EMPAQUETADO GENÉRICO Y PROPUESTA DE APLICACIÓN

El autor considera que a pesar de que el *PP* es una medida con un fin legítimamente constituido, como es la protección de la salud de los consumidores, resulta ser altamente gravoso para los bienes amparados por la PI y para la sociedad pues, i) En cuanto a los consumidores, estos se verán afectados por las similitudes de los empaques y marcas en el mercado, lo que generará confusiones que en el mejor de los casos derivaran en molestias por adquirir un producto distinto al deseado y en el peor en el detrimento de su salud; ii) Respecto a los comerciantes y empresarios, se observa la falta de una reglamentación generará un clima de incertidumbre dentro del sector comercial, pues cualquier marca podrá ser limitada en sus caracteres en virtud posibles efectos secundarios que no tienen un método objetivo de cualificación, toda vez que los efectos nocivos pueden derivar de una serie de factores, como el hábito de consumo, la calidad del producto, la situación del entorno y demás sucesos externos al uso mismo, aspectos que en ningún momento son reglamentados por la TPPA, pues dicha ley es el resultado de una teoría que no tiene bien establecidas sus requisitos de implementación; y iii) Como consecuencia de los dos anteriores gravámenes surge

²⁵⁰ *Ibíd.*, p. 598.

²⁵¹ *Ibíd.*, p. 600.

uno que pone en riesgo a toda la sociedad en general y es la implementación de una medida tan restrictiva en países que ocupan puestos tan bajos en el índice de percepción de la corrupción²⁵², como Colombia²⁵³, Ecuador²⁵⁴, Perú²⁵⁵ y Bolivia²⁵⁶, podría generar grupos de presión en el Congreso (lobbys) que afecten el desarrollo de la libre competencia en el mercado, ya que cualquier producto o servicio estaría a la merced de ser considerado nocivo por un determinado grupo de interés, lo que podría causar que productos saludables sean considerados dañinos y productos nocivos se consideren, con apoyo de grupos de poder, saludables a la luz de los consumidores, afectando de igual manera la PI de los comerciantes y la salud de los consumidores sin ningún resultado positivo.

Adicionalmente, el *PP* tiene un efecto nocivo en el ejercicio pleno de la libre competencia, pues las empresas que publicitaban antes de la implementación del *PP* tuvieron la oportunidad de darse a conocer en el mercado mientras que las nuevas nunca podrán hacerlo del mismo modo, todo ello implicará la consolidación de posiciones de dominio imperecederas, perjudicando a los comerciantes y a los consumidores que no tendrán nuevas opciones para elegir.

Como consecuencia de la crítica anterior se proponen dos soluciones conexas, la primera consiste en implementar políticas reales que ayuden a disminuir el consumo de tabaco u otros productos nocivos, para ello se debe i) Fortalecer el sistema de salud, como lo hizo el Ministerio de Salud²⁵⁷ desde el presenta año para fortalecer la atención en los regímenes de salud subsidiada y contributiva; ii) Establecer una política educativa que brinde información sobre el consumo negativo de ciertos bienes, así como las cantidades e ingredientes activos que causan daño a la salud; iii) Establecer un control efectivo sobre la publicidad engañosa al tiempo que se garantiza el derecho de las organizaciones de consumidores para pautar, sin requisitos adicionales, comerciales que brinden información sobre los efectos nocivos de ciertos productos; iv) Tomar como referente los estudios realizados por la OMS en lo referente a productos dañinos, a fin de complementarlos con estudios realizados bajo parámetros internacionales de medición que riesgo que permitan cuantificar cuando un producto es efectivamente dañino, así como las cantidades a partir de las cuales comienza a ser nocivo y los tiempos y hábitos de consumo que fomenten los efectos negativos.

²⁵² TRANSPARENCY INTERNATIONAL, índice De Percepción De La Corrupción 2016 De Transparency International [en línea]. 2016. Disponible en internet: <http://bit.ly/2zMAjch>

²⁵³ puesto 90

²⁵⁴ puesto 120

²⁵⁵ puesto 101

²⁵⁶ puesto 113

²⁵⁷ MINISTERIO DE SALUD, Programa Para La Cesación Del Consumo De Tabaco Y Atención Del Tabaquismo [en línea]. 2017. [Citado en 26 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2llgh3Z>

La segunda propuesta consiste en que, ante la inminente implementación del empaquetado genérico, se establezcan etiquetas los productos de consumo según los estudios explicados en el párrafo anterior, de la siguiente forma: i) El ingrediente que sea considerado perjudicial de acuerdo al número iv) del anterior párrafo debe ser expuesto en forma llamativa; ii) Las cantidades de dicho ingrediente deben ser comunicadas en número de gramos por paquete y no por unidad, al tiempo que se clasifica dicho contenido en bajo, medio y alto de acuerdo a los estudios del numeral iv) del anterior párrafo; iii) El nombre de las tres principales enfermedades asociadas al consumo de dicho ingrediente deben estar incluidas en la etiqueta, al tiempo que se establece una página web donde se mencionen otras que podrían ser generadas por el mismo; iv) La marca del producto debe mostrarse tal y como fue registrada, simplemente limitada por la eventual disminución de tamaño que conlleve la implantación de la etiqueta; v) La etiqueta debe estar presente en los empaques al por mayor y al por menor, al tiempo que debe ser expuesta en todos los medios en los que se publique el bien regulado, en un tipo de letra entendible y con colores que faciliten su entendimiento; vi) Debe prohibirse cualquier tipo de empaque, calcomanía o accesorio que difumine, oculte o reste expresión a la etiqueta; y vii) La discusión por la veracidad de los efectos negativos deberá ser asumida por la SIC en virtud del inciso a del numeral 1 del artículo 24 del Código General del Proceso, sin embargo, debido a los controles desproporcionados²⁵⁸ que la misma entidad ha implementado reciente, lo recomendable sería otorgar dicho control, en específico, a los Jueces Civiles del Circuito.

Por último, no se trata de establecer secretos o barreras respecto a los efectos nocivos de un bien, hecho que a todas luces resulta deleznable, sino de buscar mecanismos más efectivos y directos que den a conocer la información sin utilizar medidas excesivas contra la propiedad legítimamente constituida y trabajada.

²⁵⁸ En el caso la SIC detuvo la campaña fomentada por Educar Consumidores en contra del consumo de azúcar, para ello estableció la obligación de solicitar autorización previa a la entidad antes de publicitar cualquier contenido relacionado con el consumo de bebida azucaradas, además de otorgarse a sí misma la facultad de ajustar el anuncio para que fuera modificado y analizado nuevamente. El caso se zanjó a favor de Educar Consumidores, pues la CC consideró que la información promocionada no era publicidad sino información relativa a la salud de los consumidores, al tiempo que le recordó a la SIC que sus actos no estaban amparados por la ley y eran considerados censura previa en perjuicio de los consumidores. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-543/17. (25, Agosto, 2017). Bogotá. M.P. Diana Fajardo Rivera.

4. CONCLUSIONES

La figura jurídica de la marca se muestra como un desarrollo del derecho de propiedad privada, sin embargo, su garantía se ve limitada por un ordenamiento jurídico que reconoce la función social sobre las libertades económicas.

El *Plain Packaging*, es una figura con un largo recorrido histórico que comienza a implementarse en bienes distintos al tabaco, en consecuencia, se observa una tendencia internacional hacia el control de los bienes que consumen las personas bajo el argumento de proteger su salud.

Luego de realizar un análisis legal, constitucional y económico de la medida, se observa un alto grado de compatibilidad entre *Plain Packaging* y la normatividad nacional, comunitaria e internacional de nuestro ordenamiento jurídico, en consecuencia, pese a que existe un derecho de explotación de la marca, a pesar de no crearse ningún incentivo negativo para disminuir el consumo y existiendo otros mecanismos más eficaces y menos nocivos, la medida sería aprobada y aplicada en virtud del derecho a la salud si no se detiene su progreso en el órgano legislativo, lo que abrirá la puerta para su implementación en otros productos al tiempo que disminuye la confianza inversionista en nuestro país.

RECOMENDACIONES.

Para la realización de futuras investigaciones sobre el tema se recomienda la integración de un equipo interdisciplinario conformado por médicos, economistas, psicólogos y especialistas en marketing, con el fin de analizar el tema a mayor profundidad y desde distintas áreas.

Se recomienda que la implementación del empaquetado genérico sea discutida desde los lemas comerciales y el derecho de patentes, pues son figuras cercanas a las marcas que pueden verse afectadas en similar sentido por su implementación.

Respecto al tema en concreto, no se recomienda su implementación toda vez que puede generar sanciones a nivel internacional y problemas de orden comunitario que pueden afectar, gran medida, el comercio en la región así como el desarrollo es un ordenamiento jurídico sobre la base del principio de legalidad.

REFERENCIAS

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Limitación Y Expropiación: Scilla Y Caribdis De La Dogmática Constitucional De La Propiedad. En: Revista Chilena De Derecho. 2006. Vol. 33. No. 2. p.285-333.

ALEMANNI, Alberto y BONADIO, Enrico. *The New intellectual Property of Health beyond Plain Packaging*. Cheltenham.: Elgar Publishing Limited, 2016.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10, Diciembre, 1948).

AUSTRALIA, DEPARTMENT OF HEALTH, Tga *Medicine Labelling and Packaging Review* [en línea]. [Citado en 24 de Mayo de 2012]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2l2nINA>

AUSTRALIA. HIGH COURT OF AUSTRALIA. *Matter No S409/2011*. (9, Octubre, 2012). *Jt International SA V Commonwealth of Australia*.

AUSTRALIA. THE PARLIAMENT OF AUSTRALIA. *No. 148, 2011*. (1, Diciembre, 2011). *An Act to Discourage the Use of Tobacco Products, and for Related Purposes*

AUSTRALIAN GOVERNMENT DEPARTMENT OF HEALTH. TGA medicine labelling and packaging review [en línea]. 2012. [Citado en 11 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2l2nINA>

BBC, Australia Plans Plain-packaging Rule for Cigarettes [en línea]. 29 de abril de 2010. [Citado en 15 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bbc.in/2pUlsLV>

BECKY, Freeman y CHAPMAN, Simon. *Removing the Emperor's Clothes. Australia and Tobacco Plain Packaging*. Sydney: Sydney University Press, 2014.

BECKY, Freeman; CHAPMAN, Simon y RIMMER, Matthew. *The Case for the Plain Packaging of Tobacco Products*. En: *Addiction*. Abril, 2008. Vol. 4. No. 103.

BEJARANO, Jesús Antonio. El Análisis Económico Del Derecho: Comentarios Sobre Textos Básicos. En: Revista De Economía Institucional. Noviembre, 1999. Vol. 1. No. 1.

BOTANA AGRA, Manuel; FERNÁNDEZ-NÓVOA; Carlos y OTERO LASTRES, José Manuel. Manual de la Propiedad Industrial. Introducción. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2009.

BRUKETA & ZINIC & GREY. Ronhill Unlimited [en línea]. 2011. Disponible en internet: <http://bit.ly/2CbkP7G>

CALLMANN, Rudolf. *The Law of Unfair Competition*. 4 ed. New York.1987. Citado en: OTAMENDI, Jorge. Derecho de Marcas. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

CÁNDANO PÉREZ, Mabel. Empaquetado Genérico: Retos y Desafíos para el Derecho Marcario. En: *La Propiedad Inmaterial*. Enero-junio, 2017. Vol. 23.

CARBONEL, Miguel, et al. .El Principio De Proporcionalidad En El Estado Constitucional. Bogotá.: Universidad Externado De Colombia, 2007.

CASTRO GARCÍA, Juan David. *La Propiedad Industrial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 2009.

CASTRO GARCÍA, Juan David. Las Marcas No Tradicionales. En: *La Propiedad Inmaterial*. Septiembre, 2012. No. 16 [en línea]. [Citado en 10 de Octubre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2ltnNth>

CHANTLER, Cyril, Sir. *Standardised Packaging of Tobacco*. London: Williams Lea, 2014.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1335 De 2009. (21, Julio, 2009). Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana. Bogotá: Diario Oficial 47.417 de julio 21 de 2009

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN NACIONAL. (4, Julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá, 20 de julio de 1991. No. 116. Artículo 78.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-015/14. (23, Enero, 2014). Bogotá. M.P. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-038/06. (1, Febrero, 2006). Bogotá. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-115/17. (22, Febrero, 2017). Bogotá. M.P. Alejandro Linares Cantillo

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-133/09. (25, Febrero, 2009). Bogotá. M.P. Jaime Araújo Rentería

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-137/96. (9, Abril, 1996). Bogotá. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-189/06. (15, Marzo, 2006). Bogotá. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-191/98. (6, Mayo, 1998). Bogotá. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-227/11. (30, Marzo, 2011). Bogotá. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-231/97. (15, Mayo, 1997). Bogotá. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-256/98. (27, Mayo, 1998). Bogotá. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-358/97. (5, Agosto, 1997). Bogotá. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-400/98. (10, Agosto, 1998). Bogotá. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-615/02. (8, Agosto, 2002). Bogotá. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189-06. (15, Marzo, 2006). M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-776/10. (29, Septiembre, 2010). Bogotá. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-830/10(20, Octubre, 2010). Bogotá. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-871-10. (4, Noviembre, 2010). M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-975-02. (13, Noviembre, 2002). M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-333/00. (23, Marzo, 2000). Bogotá. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-624/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-365/17. (2, Junio, 2017). Bogotá. M.P. Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. T-543/17. (25, Agosto, 2017). Bogotá. M.P. Diana Fajardo Rivera.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (2, Junio, 2016). Resolución N 34530. Bogotá. Ponente: María José Lamus Becerra.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (25, Julio, 2017). Resolución N 44308. Bogotá. Ponente: Jorge Mario Olarte Collazos.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (3, Marzo, 2014). Resolución N° 14755. Bogotá. Ponente: José Luis Londoño Fernández.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (4, Abril, 2009). Resolución N 17152. Bogotá. Ponente: Ricardo Camacho García

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Asunto 12-228101-00002-0000. (31, Enero, 2013). Bogotá. Jefe Oficina Jurídica: William Antonio Burgos Durango.

COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486. (14, Septiembre, 2000). Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Lima, 19 de septiembre de 2000. No. 600.

CRAWFORD, Moodie. *Plain Tobacco Packaging: A Systematic Review*. 1 ed. Londres: *University Of London, Institute Of Education, Social Science Research Unit*, 2012.

CRAWFORD, Moodie. *Plain Tobacco Packaging: A Systematic Review*. Londres: *University Of London, Institute Of Education, Social Science Research Unit*, 2012.

CUNNINGHAM, Rob y KYLE, Ken. *The Case for Plain Packaging*. En: *Tobacco Control*. 1995. Vol. 4.

DIÉZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José . *Plain Packaging: Una Amenaza A La Propiedad Intelectual Y Al Derecho De Los Consumidores*. [EN LINEA]. 14 de diciembre de 2015. [Citado en 1 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2BEcdkW>

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. Fundamentos del Derecho de Marcas. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., p. 239 - 240. Citado en: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 42-ip-2017. (7, Julio, 2017). M.P. Hugo Ramiro Gómez Apac.

FRANKEL, Susy y GERVAIS, Daniel. *Plain Packaging and the Interpretation of the Trips Agreement*. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Noviembre, 2013. Vol. 45. No. 5.

GIBBONS, Giles. En Clave de Marcas. El Valor Social de las Marcas. 2 ed. Madrid: LID Editorial Empresarial, S.I., 2010. Sin Paginación.

GOBIERNO DE AUSTRALIA DEPARTAMENTO DE SALUD. *Post-implementation Review Tobacco Plain Packaging 2016*. [s.l.]. : Gobierno De Australia, 2016. 47 p. INGLATERRA. *IN THE HIGH COURT OF JUSTICE*. Case No: Co/2322/2015. 2016). *London*.

HUNT, Daniel. From Today, Cigarette Packs Will Never Look the Same Again [en línea]. HUFFPOST. [Citado 1 mayo 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2pEZY0i>

LA SILLA VACIA, La Mesa de Centro. Capítulo 13 – Dulce Censura [en línea]. 2017. [Citado en 11 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2CoqzX>

LE CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, CE, 23 Décembre 2016, Société Jt International Sa, Société D'exploitation Industrielle Des Tabacs Et Des Allumettes, Société Philip Morris France Sa Et Autres [en línea]. 2016. [Citado en 23 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2CeAi63>

LIZARAZU MONTOYA, Rodolfo. Manual de Propiedad Industrial. Bogotá: Legis Editores S.A., 2014.

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa, “Temas de propiedad industrial”, Ediciones La Ley. p. 48 - 50. Madrid, España, 2002. Citado en: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 48-ip-2008. (4, Junio, 2008). Sin M.P.

LOS GOBIERNOS DE BOLIVIA, COLOMBIA, EL ECUADOR, EL PERÚ Y VENEZUELA. Acuerdo De Integración Subregional Andino. (26, Mayo, 1969). Cartagena, artículo 129

MARTÍNEZ-SALCEDO, Juan Carlos y VARGAS-CHAVES, Iván. La Afectación de la Marca de Tabaco por las Medidas de Empaquetado Genérico. En: *Vniversitas*. Enero - Junio, 2015. No. 130.

MCGRADY, Ben. *Trips and Trademarks: The Case of Tobacco*. En: *World Trade Review*. Marzo, 2004. Vol. 3.

METKE, Ricardo. Especial Propiedad Intelectual. En: *ámbito Jurídico*. Junio, 2015. No. 419.

MINISTERIO DE SALUD, Programa Para La Cesación Del Consumo De Tabaco Y Atención Del Tabaquismo [en línea]. 2017. [Citado en 26 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2llgh3Z>

MINISTERIO DE SALUD, Socialización Del Informe Final De Evaluación De Necesidades Para La Ampliación Del Convenio Marco De Control Del Tabaco Cifras Oficiales Para Colombia [en línea]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2DvPusp>

NATIONAL CENTER FOR CHRONIC DISEASE PREVENTION AND HEALTH PROMOTION (US) Office on Smoking and Health, the Health Consequences of Smoking—50 Years of Progress: A Report of the Surgeon General [en línea]. 2014. [Citado en 22 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2CmP4oN>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, La Organización Mundial De La Salud Afirma Que El Tabaco Es Malo Para Toda La Economía [en línea]. 2004. [Citado en 4 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2rnk02O>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Ginebra, Suiza, 2003.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Empaquetado Neutro de los Productos de Tabaco, Pruebas Empíricas, Diseño y Aplicación. [s.l.]: Organización Mundial de la Salud, 2017.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Empaquetado Neutro de los Productos de Tabaco, Pruebas Empíricas, Diseño y Aplicación. [s.l.]. OMS, 2017.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Declaración Relativa Al Acuerdo Sobre Los Adpic Y La Salud Pública. (14, Noviembre, 2001)

ORTIZ MONSALVE, Álvaro y VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo 1, Parte General y Personas. 16 ed. Bogotá.: Editorial Temis S.A., 2008.

OTAMENDI, Jorge. Derecho de Marcas. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot,

PARRA, Carlos Alberto. La marca sonora. En: Revista Colombiana de la Propiedad Industrial. 1995. N° 4.. Citada en: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 33-IP-95. (15, Noviembre, 1996). Sin M.P.

PHILIP MORRIS INTERNATIONAL. *Plain Packaging of Tobacco Products*. [En línea]. 2010. [Citado en 20 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://www.plain-packaging.com/>. A través de <https://archive.org/web/>

PORTAFOLIO, Impuesto A Los Cigarrillos Se Aumentaría Con Gradualidad [en línea]. 2016. [Citado en 10 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2zCBKtH>

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Fondo De Cultura Económica. 6 ed. New York.: Aspen Publishers, 2007.

RANGEL MEDINA, David. *Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario De La Real Academia Española*. Definición de Regular [en línea]. [Citado en 15 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2l8402W>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Acción de Confrontar algo con otra u otras cosas [en línea]. 2010. [Citado en 12 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://dle.rae.es/?id=B8UhSUB>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de signos [en línea]. [Citado en 10 de Octubre de 2017]. Disponible en internet: <http://dle.rae.es/?id=XrXR2VS>

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Propiedad Intelectual el Moderno Derecho de Autor*. 2 ed. Bogotá - Colombia.: Universidad Externado de Colombia, 1997.

SANCHO GARGALLO, Ignacio. Citado en TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 145-IP-2014 (26, Febrero, 2015) M.P. Luis José Díez Canseco Núñez.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Manual Del Sistema Andino De Solución De Controversias*. Lima: Realidades S.a., 2007.

SIMPSON, David. *Worldwide News and Comment*. *En: Tobacco Control*. Marzo, 2012. Vol. 21. No. 2.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, *Control de Precios*. [En línea]. [Citado en 25 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://www.sic.gov.co/control-de-precios>

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Marcas [en línea]. 2008. [Citado en 30 de Octubre de 2017]. Disponible en internet: <http://www.sic.gov.co/node/12949>

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Marcas. p. 19 [en línea]. 2008. [Citado en 30 de Octubre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2Ca9rch>

SUPERTIENDAS, Los 50 Productos Más Rentables Para Las Tiendas. [En línea]. Boletín Retail. 2013. [Citado en 8 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2BHGUWZ>

TOBACCO21.CA. Uruguay [en línea]. 16 de febrero 2016 [Citado 1 mayo 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2lit5Z2>

THE GUARDIAN, Tobacco Industry Suffers Defeat As Wto Upholds Australia's Plain Packaging Laws. En: The Guardian, 2017.

THE UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW RULES OF ARBITRATION AS REVISED IN 2010 ("UNCITRAL RULES"). Pca Case No. 2012-12. (Diciembre, 2012). *Jt International SA V Commonwealth of Australia.*

TOBACCO DOCUMENTATION CENTER, Truth Tobacco Industry Documents [en línea]. 1986. [Citado en 22 de Noviembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2Coa8eX>

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, índice De Percepción De La Corrupción 2016 De Transparency International [en línea]. 2016. Disponible en internet: <http://bit.ly/2zMAjch>

TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS. (15, Mayo 2002), Artículo 16.1.6.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 145-IP-2014. (26, Febrero, 2015).M.P.: Luis José Diez Canseco Núñez. Las marcas notorias son estudiadas en infra 1.3.4.3.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 148-ip-2013. (11, Septiembre, 2013). Sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 15-ip-2003. (12, Marzo, 2003). Sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 16-ip-2016. (24, Abril, 2017).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 214-ip-2013. (22, Enero, 2014). Sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 276-ip-2015. (5, Noviembre, 2015). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 310-ip-2015. (16, Marzo, 2017). M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 380-ip-2015. (15, Marzo, 2016). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. 5-IP- 2013. (17, Abril, 2013) sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 101-ip-2016. (7, Julio, 2017). M.P. Hernán Romero Zambrano.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 132-IP-2004. (26, Octubre, 2004). Sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 148-ip-2013. (11, Septiembre, 2013). Quito, sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 152-ip-2015. (25, Septiembre, 2015). M.P. Doctora Cecilia L. Ayllón Q.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 17-IP-95. (7, Noviembre, 1995) Sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 180-IP-2006 (4, Diciembre, 2006) Sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 184-ip-2015. (25, Septiembre, 2015). M.P. Doctora Cecilia L. Ayllón Q.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 194-IP-2005. (25, Noviembre, 2015). Sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 210-ip-2014. (9, Septiembre, 2015). M.P. Doctora Cecilia L. Ayllón Q.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 219-ip-2014. (26, Febrero, 2015). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 219-ip-2014. (26, Febrero, 2015). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 21-ip-2015. (13, Mayo, 2015). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 22-IP-2001. (13, junio, 2001). M.P. Luis Enrique Farías Mata.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 22-ip-2005. (16, junio, 2005). Sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 278-ip-2014. (16, Junio, 2015). M.P. Doctora Cecilia L. Ayllón Q.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 27-ip-2014. (3, Julio, 2014). M.P. Leonor Perdomo Perdomo.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 31-ip-2016. (12, Junio, 2017). M.P. Hernán Romero Zambrano.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 378-IP-2015. (7, Diciembre, 2015). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 433-ip-2015. (7, Diciembre, 2015). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 436-ip-2016. (24, Abril, 2017). M.P. Cecilia Luisa Ayllón Quinteros.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 442-ip-2016. (5, Abril, 2017). M.P. Cecilia Luisa Ayllón Quinteros.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 450-ip-2015. (5, Abril, 2017). M.P. Hernán Romero Zambrano.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 458-ip-2015. (17, Junio, 2015). M.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 476-IP-2016. (16, Marzo, 2017). M.P. Hugo Ramiro Gómez Apac.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 50-ip-2017. (24, Abril, 2017). Quito, M.P. Hugo Ramiro Gómez Apac.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 551-ip-2016. (11, Mayo, 2017). M.P. Hugo Ramiro Gómez Apac.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 555-IP-2015. (18, Agosto, 2016). M.P.: Hugo Ramiro Gómez Apac.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 55-IP-2002. (1, Agosto, 2002). Sin M.P.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 56-ip-2014. (11, Julio, 2014). M.P. Luis José Diez Canseco Núñez.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 594-1P-2016. (26, Junio, 2017). M.P Cecilia Luisa Ayllón Quinteros.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 71-ip-2007. (15, Agosto, 2007).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 82-IP-2002, (29, Enero, 2003). Sin M.P.

TUDOR, Ioana. *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*. [s.l.]: Oxford Scholarship, 2008.

VOON, Tania, et al. *Public Health and Plain Packaging Of Cigarettes Legal Issues*. 1 ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012

WHO FRAMEWORK CONVENTION ON TOBACCO CONTROL. *Guidelines for Implementation of Article 11 of the Who Framework Convention on Tobacco Control (packaging and Labelling of Tobacco Products)*. Ginebra, 2012.

WORLD TRADE ORGANIZATION, Australia — *Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging* [en línea]. 2014. [Citado en 1 de Diciembre de 2017]. Disponible en internet: <http://bit.ly/2zE52ba>