

REGISTRO MARCARIO – No procede registrar como marca aquella que consista en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales / REGISTRO MARCARIO – Análisis respecto del Signo mixto TISQUESUSA / TISQUESUSA Y LA COMUNIDAD INDÍGENA MUISCA – Importancia / REGISTRO MARCARIO – No procede frente al signo mixto TISQUESUSA para identificar servicios de la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza

Tisquesusa, quien nació en 1514, recibió el título de Zipa, título dado al gobernante supremo del Zipasgo, principal división político-administrativa del territorio de la Confederación Muisca antes de la llegada de los españoles. Tisquesusa gobernó durante 24 años y fue el último Zipa de la comunidad indígena Muisca. Un soldado español, al servicio de Gonzalo Jiménez de Quesada lo asesinó. La comunidad Muisca, a la que perteneció Tisquesusa, aún hoy, existe como comunidad y habita el altiplano cundiboyacense. El Ministerio del Interior y de Justicia, reconoció en 2006, a comunidades habitantes en Cota, Sesquilé y Chía, como comunidades indígenas Muisca. En consecuencia, el término Tisquesusa, reproducido en la marca registrada no es un nombre común sino que, tiene una relevancia histórica que lo relaciona de manera directa con la comunidad indígena Muisca. Corolario de lo anterior, la marca registrada se encuentra incurso en el primer supuesto de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), por cuanto el público consumidor al que se dirijan los servicios de la Clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza identificados con la marca mixta registrada, Tisquesusa, asociarán erróneamente los servicios ofrecidos con la comunidad indígena Muisca lo que afecta la identidad cultural y valores de la comunidad indígena Muisca. Resultaría admisible el uso del término Tisquesusa, como marca, si la comunidad indígena, reconocida como sujeto cultural pleno por la ley, hubiere autorizado al tercero a registrar una marca cuyo elemento denominativo consiste en el nombre del último Zipa de la comunidad Muisca, sin embargo, considerando que no consta autorización alguna en el expediente, la Sala habrá de proteger la identidad étnica y cultural de la comunidad Muisca en aplicación del primer supuesto del artículo 136, literal g), para evitar que el nombre de la comunidad Muisca se asocie con un servicio de alimentación prestado por un particular, sin su autorización. Lo anterior, por cuanto, como se analizará en el tercer supuesto, el nombre Tisquesusa, asociado a la comunidad indígena Muisca, hace parte del patrimonio cultural de la nación.

REGISTRO MARCARIO – No procede registrar como marca aquella que consista en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales / REGISTRO MARCARIO – Análisis respecto del Signo mixto TISQUESUSA. Poporo / EL POPORO Y LA COMUNIDAD INDÍGENA QUIMBAYA / REGISTRO MARCARIO – No procede frente al signo mixto TISQUESUSA para identificar servicios de la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza

[E]l elemento gráfico de la marca registrada consiste en la reproducción de una pieza arqueológica representativa de la cultura prehispánica de la comunidad indígena Quimbaya, conocida con el nombre de “Poporo Quimbaya”, que fue fabricado entre el año 0 y el 600 d.C. y se usó para almacenar cal y como recipiente ceremonial para el mambeo de hojas de coca durante las ceremonias religiosas. [...] El Poporo Quimbaya, se hizo famoso por “[...] sus proporciones armónicas y su técnica, la fundición a la cera perdida con núcleo, una tecnología especial que se utilizó para realizar piezas complejas que requirieran un manejo especial del color, hacer recipientes con interiores vacíos y para crear impresiones decorativas [...]”. [...]El nombre de la comunidad indígena Quimbaya “[...]”

corresponde a uno de los numerosos cacicazgos indígenas en el Cauca medio, región que por extensión se llamó "provincia de quimbaya". Actualmente, este nombre designa los diferentes estilos precolombinos del antiguo Caldas, norte del Valle y sur de Antioquia. [...]. Gracias a la arqueología, sabemos ahora que las obras quimbayas corresponden por lo menos a cuatro ocupaciones distintas de la región [...]. Su reconocimiento se dio particularmente por el hallazgo de un tesoro que "[...] pertenece a la segunda ocupación, entre los siglos IV y X, de los llamados "quimbayas clásicos" [...]" y que estaba integrado por numerosas piezas, entre ellas, el denominado "Poporo Quimbaya". La Sala, considera que la reproducción del Poporo Quimbaya, en la marca registrada, conlleva la aplicación del primer supuesto de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), habida cuenta que el Poporo se asocia estrecha y directamente con la comunidad indígena Quimbaya. En este orden de ideas, el público consumidor al que se dirijan los servicios de la Clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza, identificados con la marca mixta registrada, asociarán erróneamente los servicios ofrecidos con la identidad y valores culturales de la comunidad indígena Quimbaya. Lo anterior, resulta inadmisibles teniendo en cuenta que, como se analizará en el tercer supuesto de la causal, la figura del Poporo Quimbaya hace parte del patrimonio cultural de la nación. Así las cosas, deberá protegerse la identidad étnica y cultural de la comunidad Quimbaya, en aplicación del primer supuesto del artículo 136, literal g), para evitar que su nombre se asocie con un servicio de alimentación prestado por un particular.

REGISTRO MARCARIO – No procede registrar como marca aquella que consista en las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir los productos, servicios o la forma de procesarlos de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales / REGISTRO MARCARIO – No procede frente al signo mixto TISQUESUSA para identificar servicios de la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza

[P]ara la Sala no hay duda que habida cuenta que la marca registrada pretende amparar servicios de alimentación que se clasifican en la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza, el público consumidor podrá asumir erróneamente que los servicios ofrecidos tienen alguna relación en su origen, su procesamiento o su oferta con tradiciones milenarias de los indígenas Muisca respecto de la denominación Tisquesusa o respecto de los indígenas Quimbayas por la reproducción del Poporo Quimbaya. También podrían pensar que existe un aval o consentimiento expreso de la primera comunidad para la oferta de los servicios en el mercado pero en el expediente no se encuentra prueba alguna que lo demuestre. Por lo anterior, la Sala, en aplicación del segundo presupuesto de la norma analizada habrá de proteger los intereses de las comunidades indígenas Muisca y Quimbaya para evitar que el consumidor promedio incurra en error al pensar que los servicios de alimentación ofrecidos guardan relación con tradiciones indígenas milenarias en cuanto a la prestación de los servicios y/o su forma de procesar los alimentos ofrecidos.

REGISTRO MARCARIO – No procede registrar como marca aquella que consista en la expresión de la cultura o práctica de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales / PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN – Concepto / TISQUESUSA Y LA EXPRESIÓN DE LA CULTURA O PRÁCTICA DE LOS MUISCAS / REGISTRO MARCARIO – No procede frente al signo mixto TISQUESUSA para identificar servicios de la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza

[P]ara la Sala es claro que las expresiones y las prácticas culturales hacen parte del patrimonio cultural intangible del Estado y que, en aplicación de los criterios establecidos por la Interpretación Prejudicial y la normativa colombiana, debe impedirse su registro como marca, de conformidad con lo dispuesto en el tercer supuesto de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), tal como se pasa a analizar a continuación. [...] Para la Sala, no cabe duda que el nombre Tisquesusa reproducido en la marca registrada, es una expresión de la cultura Muisca que hace parte del patrimonio cultural inmaterial del Estado de Colombia, habida cuenta que dicho patrimonio incluye a las personas creadoras o portadoras de las manifestaciones culturales. Así lo prevé, igualmente, la Interpretación Prejudicial, al señalar que las expresiones verbales “[...] inspiradas en un personaje histórico indígena, podrían ser consideradas como producciones integradas por elementos del patrimonio artístico tradicional, resultantes de la creatividad de personas o grupos con contenido cultural [...]”. Finalmente, teniendo en cuenta que en el expediente no consta autorización o consentimiento que la comunidad indígena Muisca, aún asentada en Colombia, haya dado al solicitante y actual titular del registro marcario sub examine, para la Sala es claro que la marca mixta registrada Tisquesusa se subsume también en el tercer supuesto de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), de la Decisión 486. La Sala concluye, con base en lo anterior, que la inclusión del término Tisquesusa en la marca registrada vulnera los tres supuestos de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), de la Decisión 486, motivo por el cual, el cargo estudiado tiene vocación de prosperidad.

FUENTE FORMAL: DECISIÓN 486 DE 2000 DE LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA – ARTÍCULO 134 / DECISIÓN 486 DE 2000 DE LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA – ARTÍCULO 136 LITERAL G / DECISIÓN 588 DE 2004 DE LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA – ARTÍCULO 1 / LEY 397 DE 1997 – ARTÍCULO 4 / DECRETO 1080 DE 2015 - ARTÍCULO 2.5.1.2.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00012-00

Actor: BANCO DE LA REPÚBLICA

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – SIC

Referencia: Acción de Nulidad Relativa

Referencia: Causal de irregistrabilidad aplicable a marcas solicitadas a registro que afectan los derechos e intereses de las comunidades indígenas así como el patrimonio cultural tangible, intangible e histórico del Estado.

La Sala decide, en única instancia, la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad relativa, presentó el Banco de la República contra la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin que se declare la nulidad de la resolución núm. 8885 de 11 de abril de 2006.

La presente sentencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

1. El Banco de la República, en adelante la demandante, por intermedio de apoderado especial¹, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad relativa, prevista en el artículo 172² de la Decisión 486 de 14 de septiembre 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina³, en adelante Decisión 486, contra la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante la demandada, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución núm. 8885 de 11 de abril de 2006, expedida por la Jefe de la División de Signos Distintivos, “Por la cual se decide una solicitud de registro de marca”, que concedió la solicitud de registro de la marca mixta TISQUESUSA para identificar servicios comprendidos en la clase 43 de la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, en adelante la Clasificación Internacional de Niza.

Pretensiones

2. La demandante solicitó que se reconozcan las siguientes pretensiones⁴:

“[...] 1. Sírvase declarar la nulidad de la Resolución número 8885 de 11 de abril de 2006, por medio de la cual la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio concedió el registro de la marca

1 Cfr. Folio 3 y 4

2 “[...] Artículo 172.- La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de un registro de marca cuando se hubiese concedido en contravención con lo dispuesto en los artículos 134 primer párrafo y 135. La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona, la nulidad relativa de un registro de marca cuando se hubiese concedido en contravención de lo dispuesto en el artículo 136 o cuando éste se hubiera efectuado de mala fe. Esta acción prescribirá a los cinco años contados desde la fecha de concesión del registro impugnado [...]”

3 “Por el cual se expide el Régimen Común sobre Propiedad Industrial”.

4 Cfr. Folio 61

TISQUESUSA (mixta) para identificar servicios de restauración (alimentación); hospedaje temporal, cafés, bares, restaurantes, grilles y similares comprendidos en la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza.

2. Como consecuencia de la declaración de nulidad de la mencionada resolución, se ordene la cancelación del registro de la marca TISQUESUSA (mixta), certificado de registro No. 313279, vigente hasta el 11 de abril de 2016 [...].”

Presupuestos fácticos

3. La demandante indicó, en síntesis, los siguientes hechos⁵ para fundamentar sus pretensiones:

[...] 1. El día 26 de septiembre de 2005 el Sr. Rafael Antonio Nieto Vanegas solicitó bajo el expediente No. 05-97091 el registro de la marca TISQUESUSA (mixta) para identificar servicios de la clase 43 de la clasificación internacional.

2. La solicitud de registro fue publicada en la Gaceta de la Propiedad Industrial No. 557 del 31 de octubre de 2005, sin que fuera objeto de oposición por parte de terceros.

3. Mediante la Resolución No. 8885 del 11 de abril de 2006, la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio concedió el registro de la marca TISQUESUSA (mixta) en la clase 43 a nombre de Rafael Antonio Nieto Vanegas, bajo el certificado de registro No. 313279, vigente hasta el 11 de abril de 2016 [...].”

Normas violadas

4. El Banco de la República adujo en su libelo introductorio⁶ la vulneración del artículo 136, literal g)⁷, de la Decisión 486.

Concepto de la violación

5. La demandante, en síntesis, expuso los cargos por violación⁸ así:

5 Cfr. Folio 64

6 Cfr. Folios 61 a 77

7 “[...] Artículo 136.- No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: g) consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso [...].”

8 Cfr. Folios 65 a 74

5.1. Afirmó que “[...] En desarrollo de la citada prohibición, en varias oportunidades la Superintendencia de Industria y Comercio ha negado el registro de marcas que contienen el nombre, caracteres y denominaciones que constituyen la manifestación de nuestras culturas indígenas, protegiendo manifestaciones culturales de nuestra comunidad indígena, impidiendo de esta manera su apropiación como marca por parte de terceros [...]”⁹. Mencionó como ejemplo, los rechazos de las solicitudes de registro de las marcas mixtas MUISCA, CAFÉ MUISCA y CIJOCOL (incluyendo la imagen de un Poporo Quimbaya) para distinguir, respectivamente, productos de las Clases 14, 30 y 33 de la Clasificación Internacional de Niza.

5.2. Indicó que “[...] la marca TISQUESUSA (mixta), está conformada por nombres, caracteres y símbolos de comunidades indígenas ancestrales colombianas, por lo que su registro afecta directamente el interés directo de esa comunidad y el patrimonio cultural inmaterial de la nación. En efecto, al observar el conjunto de la marca registrada, se puede establecer que la misma se compone de un elemento nominativo compuesto por el nombre del Zipa de la comunidad Muisca TISQUESUSA y un elemento gráfico central y predominante consistente en la figura de un POPORO QUIMBAYA, ambas expresiones de culturas indígenas colombianas [...]”¹⁰.

5.3. Manifestó que “[...] el nombre TISQUESUSA es el nombre del Zipa o Rey MUISCA que regía en la Sabana de Bogotá cuando los Españoles arribaron a estas tierras [...]; la comunidad MUISCA es una comunidad indígena colombiana, con asiento en el Altiplano Cundiboyacense, a la cual perteneció el Zipa TISQUESUSA, cuyo nombre es manifestación de un líder ancestral de esta comunidad por haber sido uno de los primeros que en estas tierras se enfrentó y murió ante los conquistadores españoles, nombre que en razón a este suceso hace parte de la memoria cultural de esta Etnia, de su patrimonio cultural e intelectual, que por lo tanto no puede ser pretendido por terceros como un derecho exclusivo para fines comerciales [...]”¹¹.

5.4. Sostuvo que la marca registrada “[...] incorpora como elemento gráfico la figura del Poporo Quimbaya, que como se ha mencionado representa una de las piezas arqueológicas más representativas de la cultura prehispánica colombiana

9 Cfr. Folios 65 y 66

10 Cfr. Folio 70

11 Cfr. Folios 70 y 71

[...]; fue adquirido por el Banco de la República en 1939, siendo el primer esfuerzo institucional realizado en Colombia por detener la destrucción de la orfebrería prehispánica y salvaguardar una parte esencial del patrimonio histórico de la nación [...]"¹².

5.5. Manifestó que "[...] la marca TISQUESUSA en conjunto con el elemento gráfico "Poporo Quimbaya", indudablemente desconocen derechos ancestrales de las comunidades indígenas colombianas, pasadas y actuales, afectando el patrimonio cultural de toda la nación Colombiana, patrimonio sobre el cual no se puede otorgar un derecho de uso en exclusiva a un particular, que podría propiciar un desconocimiento o menosprecio de uno de los íconos de la cultura indígena Colombiana, y de sus ancestros y tradiciones [...]"¹³.

Contestación de la demanda

6. El Despacho Sustanciador tuvo por no contestada la demanda por parte de la demandada, habida cuenta que su apoderado no allegó poder que lo acreditara para actuar en su representación¹⁴.

7. Rafael Antonio Nieto Vanegas, titular del registro marcario, fue vinculado al proceso como tercero con interés directo en el resultado del proceso, a través de curador *ad litem*, quien contestó la demanda¹⁵ indicando que "[...] la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO debió haber negado el registro de la marca mixta denominado (TISQUESUSA) nombre del mandatario Muisca, (comunidad indígena) así como lo hizo con las solicitudes de marcas CAFÉ INDÍGENA PÁEZ, MUISCA, MARCA CIJOCOL (Y DISEÑO DE "POPORO QUIMBAYA) [...]"¹⁶. Agregó que "[...] se infringe lo dispuesto en el artículo 136 literal g) de la decisión 486 de la COMUNIDAD ANDINA, ya que el registro de la marca (TISQUESUSA), está conformada por Nombres, caracteres y símbolos de comunidades indígenas ancestrales colombianas, lo que afecta directamente, como lo manifiesta la parte actora, el patrimonio cultural inmaterial de la nación [...]"¹⁷.

Interpretación Prejudicial

12 Cfr. Folio 73

13 *Ibidem*

14 Cfr. Folio 152

15 Cfr. Folio 135 a 139

16 Cfr. Folio 137

17 Cfr. Folio 138

8. El Despacho Sustanciador, mediante auto de 18 de febrero de 2014¹⁸, ordenó suspender el proceso para solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial respecto de las normas de la Decisión 486.

9. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina profirió la interpretación prejudicial 187-IP-2015 de 12 de noviembre de 2015¹⁹, en adelante la Interpretación Prejudicial, en la que consideró que para el presente caso debían interpretarse los artículos 136, literal g, y de oficio dispuso que debían interpretarse también los artículos 134, literales a), b) y g), y 172 de la Decisión 486 y expuso las reglas y criterios establecidos por la jurisprudencia comunitaria que a su juicio son aplicables.

Alegatos de conclusión

10. Visto el artículo 210 del Código Contencioso Administrativo, el Despacho Sustanciador, mediante auto de 22 de agosto de 2017²⁰, reanudó el trámite procesal corriendo traslado a las partes para que en el término de diez (10) días presentaran sus alegatos de conclusión y le informó al Ministerio Público que podía solicitar, en el mismo término, el traslado especial.

11. Vencido el plazo en mención, la demandada, por intermedio de apoderado especial²¹, presentó los siguientes argumentos:

11.1. Indicó que “[...] hizo un estudio cuidadoso y en atención al ordenamiento jurídico vigente, que le permitió concluir que la marca solicitada podía ser concedida y no había lugar a la negatoria de la misma. [...] Aunado a lo anterior, hay que tener en cuenta que dentro de la actuación administrativa, la sociedad demandante no ejerció su derecho de hacer oposición como tampoco lo hizo ninguna otra persona natural o jurídica que eventualmente considerara que sus derechos como titular de una marca se vieran afectados, dando lugar a la concesión de la marca, previo estudio de irregistrabilidad, y quedando debidamente ejecutoriada en virtud a que no existió recurso alguno [...]”²².

18 Cfr. Folios 157 y 158

19 Cfr. Folios 190 a 199

20 Cfr. Folio 201

21 Cfr. Folios 142 a 146

22 Cfr. Folio 211

11.2. Manifestó que “[...] la concesión de la marca mixta “TISQUESUSA” para identificar servicios de la clase 43, en ningún momento violenta lo contemplado en la disposición *ibídem*, ya que si lo tenemos en cuenta, tal marca no da lugar a considerar que tal producto proviene de una cultura indígena o ancestral ni mucho menos que contiene calidades o propiedades que se le podrían atribuir a la misma, no dando lugar en ningún momento al consumidor a incurrir en esa confusión [...]”²³.

11.3. Afirmó que “[...] no se le están violando los derechos propios de los pueblos indígenas, afroamericanos, ni tampoco se le están violentando los derechos de los consumidores, pues la marca no da lugar a pensar que el producto se relaciona con productos de determinada comunidad indígena, habiendo lugar desde ningún punto de vista a la declaración de nulidad del acto demandado [...]”²⁴.

12. La demandante, reiteró los argumentos de nulidad expuestos en la demanda²⁵.

13. El tercero con interés directo y el Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

14. Visto el artículo 128, numeral 7²⁶, del Código Contencioso Administrativo, sobre la competencia del Consejo de Estado, en única instancia, aplicable en los términos del artículo 308²⁷ de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011²⁸, sobre el régimen de transición y vigencia, y el artículo 1²⁹ del Acuerdo núm. 55 de 5 de

23 Cfr. Folio 212

24 *Ibidem*

25 Cfr. Folios 203 a 210

26 “[...] Artículo 128. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: [...] #7. De los relativos a la propiedad industrial, en los casos previstos en la ley [...]”.

27 “[...] Artículo 308. Régimen de Transición y Vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”

28 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

29 Establece que la Sección Primera del Consejo de Estado está a cargo de conocer los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos que versen sobre asuntos no asignados expresamente a otras secciones, como corresponde al presente caso.

agosto de 2003³⁰, sobre distribución de negocios entre las secciones, esta Sala es competente para conocer del presente asunto.

15. La Sala abordará el estudio de las consideraciones en las siguientes partes: i) el acto administrativo demandado; ii) el problema jurídico; iii) normativa comunitaria andina en materia de propiedad industrial; iv) los principios y características del Derecho Comunitario Andino, v) la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, vi) Interpretación Prejudicial 187-IP-2015 de 12 de noviembre de 2015 y vii) análisis del caso concreto.

16. La Sala no observa que en el presente proceso se haya configurado causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, en consecuencia, se procede a decidir el caso *sub lite*.

El acto administrativo demandado

17. El acto administrativo demandado es el siguiente:

17.1. **Resolución núm. 8885 de 11 de abril de 2006**³¹, “Por la cual se concede un registro”, expedida por la Jefe de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio. El acto administrativo demandado indicó:

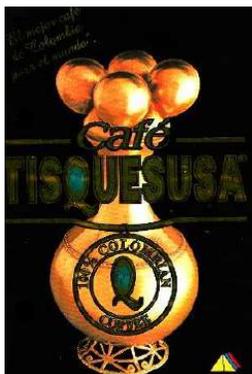
“[...] CONSIDERANDO:

Que la solicitud de registro de la marca que se tramita bajo el expediente indicado en la referencia, cumple los requisitos previstos en las disposiciones legales vigentes.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: *Conceder el registro de:*

LA MARCA MIXTA TISQUESUSA (SEGÚN MODELO ADJUNTO)



³⁰ “Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”.

³¹ Cfr. Folio 7

PARA DISTINGUIR SERVICIOS DE RESTAURACIÓN (ALIMENTACIÓN); HOSPEDAJE TEMPORAL. CAFÉS, BARES. RESTAURANTES, GRILLES Y SIMILARES.

Servicios comprendidos en la clase 43 de la Octava Edición de la Clasificación Internacional de Niza.

VIGENCIA Diez (10) años contados a partir de la fecha de la presente resolución

TITULAR RAFAEL ANTONIO NIETO VANEGAS [...]”.

El problema jurídico

18. Corresponde a la Sala determinar, con fundamento en la demanda, la contestación de la demanda y la Interpretación Prejudicial, si la marca mixta **TISQUESUSA**, registrada para identificar servicios de la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza, se encuentra incurso en la causal de irregistrabilidad prevista en el artículo 136, literal g), de la Decisión 486, por hallarse dentro de alguno de los tres supuestos de hecho de la norma que son, consistir en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales; o en las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos; o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso.

19. En este orden de ideas, la Sala determinará si hay lugar o no a declarar la nulidad del acto administrativo demandado, expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Normativa comunitaria andina en materia de propiedad industrial

20. La Sala considera importante remarcar que el desarrollo de esta normativa se ha producido en el marco de la Comunidad Andina, como una organización internacional de integración, creada por el Protocolo modificador del Acuerdo de Cartagena³², la cual sucedió al Pacto Andino o Acuerdo de Integración

³² El “Protocolo de Trujillo” fue aprobado por la Ley 323 de 10 de octubre de 1996; normas que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-231 de 15 de mayo de 1997, con

Subregional Andino. Igualmente resaltar que el régimen común en esta materia está contenido en la Decisión 486 de 2000³³ de la Comisión de la Comunidad Andina.³⁴

Principios y características del Derecho Comunitario Andino

21. Esta Sala recuerda que, en el Derecho Comunitario Andino, las decisiones se caracterizan por estar regidas por los principios de primacía, obligatoriedad, aplicación y efecto directos.

22. Las decisiones aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o la Comisión de la Comunidad Andina, entendidas como actos jurídicos unilaterales, se deben aplicar de manera prevalente³⁵ sobre las normas internas de los Estados, sin que sea posible aducir una norma jurídica interna como fundamento para no aplicar lo dispuesto por la organización internacional de integración.

ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Dicho Protocolo está en vigor para el Estado Colombiano, es decir, que está produciendo efectos jurídicos respecto de nuestro Estado.

33 Se considera importante hacer un recuento histórico sobre el desarrollo normativo comunitario en materia de decisiones que contienen el régimen de propiedad industrial expedidas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena:

i) El Acuerdo de Integración Subregional Andino “Acuerdo de Cartagena”, hoy Comunidad Andina, en su artículo 27 estableció la obligación de adoptar un “régimen común sobre el tratamiento a los capitales extranjeros y entre otros sobre marcas, patentes, licencias y regalías”, motivo por lo cual, la Comisión del Acuerdo de Cartagena expidió la Decisión 24 de 31 de diciembre de 1970, en donde se dispuso en el artículo G “transitorio” que era necesario adoptar un reglamento para la aplicación de las normas sobre propiedad industrial. En cumplimiento de lo anterior, el 6 de junio de 1974 en Lima, Perú, la Comisión del Pacto Andino aprobó la Decisión 85 la cual contiene el “Reglamento para la Aplicación de las Normas sobre Propiedad Industrial”;

ii) La Decisión 85 fue sustituida por la Decisión 311 de 8 de noviembre de 1991, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, denominada “Régimen Común de Propiedad Industrial para la Subregión Andina”, en la que se estableció expresamente que reemplazaba en su integridad a la anterior;

iii) En el marco de la VI Reunión del Consejo Presidencial Andino, celebrada en Cartagena, Colombia en el mes de diciembre de 1991 – Acta de Barahona, se dispuso modificar la Decisión 311, en el sentido de sustituir el artículo 119 y eliminar la tercera disposición transitoria, por lo cual se expidió la Decisión 313 de 6 de diciembre de 1992;

iv) Posteriormente, la Comisión del Acuerdo de Cartagena expidió la Decisión 344 de 21 de octubre de 1993, denominada “Régimen Común sobre Propiedad Industrial”, la cual empezó a regir a partir del 1 de enero de 1994, en donde se corrigieron algunos vacíos de las regulaciones anteriores y se dispuso, entre otras cosas, ampliar el campo de patentabilidad, otorgar al titular de la patente el monopolio de importación que anteriormente se negaba y eliminar la licencia obligatoria por cinco años a partir del otorgamiento de la patente; y

v) La Comisión de la Comunidad Andina, atendiendo las necesidades de adaptar las normas de Propiedad Industrial contenidas en la Decisión 344 de 1993, profirió la Decisión 486 de 14 de septiembre de 2000, sustituyendo el régimen común sobre propiedad industrial previamente establecido, el cual resulta aplicable a sus Estados Miembros y regula los asuntos marcario en el Título VI, que comprende: los requisitos y el procedimiento para el registro de marcas; los derechos y limitaciones conferidos por las marcas; las licencias y transferencias de las marcas; la cancelación, la renuncia, la nulidad y la caducidad del registro.

34 La Comisión de la Comunidad Andina, como uno de los órganos del sistema andino de integración, expresa su voluntad mediante decisiones, las cuales obligan a los Estados Miembros y hacen parte del ordenamiento jurídico comunitario andino.

35 El principio de primacía o prevalencia del ordenamiento jurídico andino sobre las normas nacionales, se incluyó inicialmente en el artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y, posteriormente, en el artículo 4 de su protocolo modificatorio, al establecer que los Estados Miembros “[...] están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación [...]”.

23. Las decisiones obligan a los Estados Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina, lo que define el carácter obligatorio del Derecho Comunitario Andino³⁶.

24. En relación con el principio de la aplicación y efecto directos³⁷, las decisiones son directamente aplicables en los Estados Miembros, a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. En este mismo sentido, cuando el texto de las decisiones así lo dispongan, se requerirá de su incorporación al derecho interno, mediante un acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada Estado Miembro.

25. Ahora, en cuanto a las características de la normativa comunitaria, las decisiones y resoluciones, son actos jurídicos unilaterales que tienen como destinatarios los Estados Miembros, sus instituciones y, en general, las personas jurídicas y naturales, quienes deben cumplir y hacer cumplir la normativa comunitaria, toda vez que, su incumplimiento puede dar lugar a que se comprometa la responsabilidad internacional del respectivo Estado o del respectivo sujeto del derecho comunitario, según sea el caso. En este sentido, resulta posible solicitar el cumplimiento de las normas ante los diferentes órganos de la organización internacional, en especial, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³⁸

36 De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y, posteriormente, en el artículo del mismo número de su protocolo modificatorio.

37 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y, posteriormente, en el artículo del mismo número de su protocolo modificatorio.

38 El Tribunal de Justicia, se creó en el seno del Acuerdo de Cartagena, el 28 de mayo de 1979, modificado por el Protocolo suscrito en Cochabamba, el 28 de mayo de 1996. El Tratado de creación fue aprobado por Ley 17 de 13 de febrero de 1980 y el Protocolo por medio de la Ley 457 de 4 de agosto de 1998: normas que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-227 de 14 de abril de 1999, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. El "*Protocolo de Cochabamba*", modificatorio del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, fue promulgado por el Decreto 2054 de 1999 y está en vigor para el Estado Colombiano, es decir, que está produciendo efectos jurídicos respecto de nuestro Estado.

26. La normativa comunitaria andina regula la interpretación prejudicial, como un mecanismo de cooperación judicial internacional entre los jueces de los Estados Miembros de la CAN y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.³⁹

27. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como uno de los órganos del Sistema Andino de Integración, tiene dentro de sus competencias la de emitir interpretaciones prejudiciales de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, las cuales obligan a los jueces internos de cada uno de los Estados Miembros.

28. En el Capítulo III del Protocolo, sobre las competencias del Tribunal, en la Sección III se regula la interpretación prejudicial, al disponer en su artículo 32 que *“[...] corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros [...]”*.

29. Asimismo, establece en su artículo 33 que *“[...] los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se deba aplicar o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso [...]”*.

30. La Sala considera de la mayor importancia señalar que esa misma disposición establece en su inciso segundo que *“[...] en todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal [...]”*.

31. En el artículo 34 se establece que *“[...] El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante, lo cual podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada [...]”*.

39 El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, mediante la Decisión 500 de 22 de junio de 2001, aprobó el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la cual se desarrolla igualmente el tema de la interpretación prejudicial.

32. El Protocolo dispone en su artículo 35 que “[...] el juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal [...]”.

Interpretación Prejudicial 187-IP-2015 de 12 de noviembre de 2015

33. La Sala procede a destacar las conclusiones de la Interpretación Prejudicial⁴⁰, proferida para este caso:

“[...] PRIMERO: La marca mixta es una unidad compuesta por un elemento denominativo y otro gráfico. Cuando se otorga el registro de la marca mixta se la protege en su integridad y no a sus elementos por separado.

El Tribunal advierte que dicho análisis debe estar mediado por lo establecido sobre la causal de irregistrabilidad de un signo por consistir en la expresión de la cultura o práctica de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.

SEGUNDO: El artículo 136 literal g) de la Decisión 486 contempla una protección que impide que se puedan registrar como marca los signos que:

- a) Consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.*
- b) Consistan en las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir los productos, servicios o la forma de procesarlos de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.*
- c) Constituyan la expresión de la cultura o práctica de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.*

Las dos primeras causales de irregistrabilidad no revisten mayor dificultad debido a que es posible, y además correcto, realizar una interpretación literal. Sin embargo, la tercera causal requiere dilucidar qué se entiende por "expresión" o "práctica" cultural. Conceptos que deben ser interpretados según el método sistemático por comparación con otras normas o tratados internacionales, fundamentalmente, a la luz de los instrumentos internacionales promovidos por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), por ser la Organización Internacional competente en la materia.

TERCERO: La noción de "patrimonio cultural" es limitada, en el sentido de la Convención de la UNESCO para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial. Lo estipulado en cuanto a signos que "constituyan la expresión de su cultura o práctica" se refiere a expresiones artísticas, sean éstas verbales, musicales, corporales o tangibles. Las expresiones culturales tradicionales, también llamadas expresiones del folclore, engloban "la música, la danza, el arte, los diseños, los signos y los símbolos, las interpretaciones, las ceremonias, las formas arquitectónicas, los objetos de artesanía y las narraciones o muchas otras expresiones artísticas o culturales". Siendo posible apreciar que la mencionada figura protege las distintas expresiones resultantes de la creatividad humana.

En consecuencia, un cuento (expresión verbal), una canción (expresión musical), una danza (expresión corporal) o una cerámica (expresión tangible)

40 Cfr. Folios 190 a 199

inspiradas en un personaje histórico indígena, podrían ser consideradas como producciones integradas por elementos del patrimonio artístico tradicional, resultantes de la creatividad de personas o grupos con contenido cultural (Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales), que además reflejan expectativas artísticas tradicionales.

En el presente caso, teniendo en cuenta las pautas interpretativas expuestas en la presente interpretación prejudicial, el Juez consultante deberá determinar si el signo Tisquesusa (mixto) puede subsumirse en alguna de las causales de irregistrabilidad comprendidas en el artículo 136 literal g) de la Decisión 486.

CUARTO: En caso que el Juez consultante considere que el signo solicitado se encuentra comprendido en alguna de las causales de irregistrabilidad contenidas en el artículo 136 literal g) de la Decisión 486, dicho literal establece como excepción que la solicitud haya sido presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso.

La problemática relativa a cómo lograr el “consentimiento expreso” de las comunidades indígenas no es desarrollada en la Decisión 486. Por lo tanto, debe ser resuelta según la normativa interna de cada País Miembro. Correspondiendo a cada legislación nacional determinar la forma cómo se debe lograr dicho consentimiento, complemento indispensable que debe atender al desarrollo que sobre la materia se ha dado tanto a nivel de las tradiciones constitucionales comunes de los Países Miembros, así como al desarrollo universal e interamericano en la defensa de los derechos humanos. [...]”.

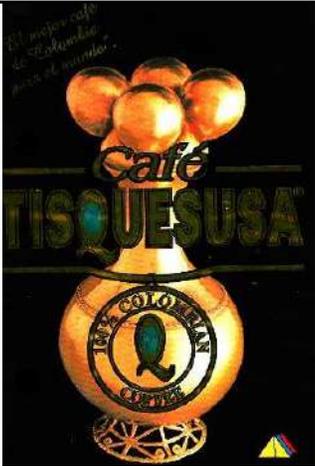
Análisis del caso concreto

34. Corresponde a esta Sala determinar la legalidad del acto administrativo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio por medio del cual se concedió el registro de la marca mixta **TISQUESUSA** para identificar servicios en la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza, para lo cual se estudiará si la marca en mención se encuentra incurso en la causal de irregistrabilidad prevista en el artículo 136, literal g), de la Decisión 486.

35. La Sala precisa que la marca solicitada⁴¹ respecto de la cual se realizará el análisis, es como se muestra a continuación:

MARCA MIXTA REGISTRADA

41 La Sala entiende que es el signo solicitado que obtuvo el registro marcario.


Titular: Rafael Antonio Nieto Vanegas
<i>Clase 43: “servicios de restauración (alimentación); hospedaje temporal, cafés, bares, restaurantes, grilles y similares”</i>

36. Precisado lo anterior, la Sala procederá a realizar el estudio del cargo de nulidad del artículo 136, literal g), de la Decisión 486 en concordancia con los requisitos del artículo 134, literales a), b) y g) de la misma normativa.

Cargo de nulidad por violación del artículo 136 literal g) de la Decisión 486

37. Visto el artículo 134 de la Decisión 486 de 2000, puede constituir marca aquella que sea apta para distinguir productos o servicios en el mercado y que sea susceptible de representación gráfica y en particular: a) las palabras o combinación de palabras; b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos; y g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los literales previos del mismo artículo.

38. Visto el artículo 136, literal g), de la Decisión 486 de 2000, la causal de irregistrabilidad aplica en los casos en que una marca solicitada a registro afecta indebidamente un derecho de tercero, en particular, porque a) consiste en el nombre de comunidades indígenas, afroamericanas o locales; b) consiste en las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir los productos, servicios o la forma de procesarlos de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales; c) constituye una expresión de la cultura o práctica de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.

Análisis de los supuestos normativos

39. La causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), se refiere a tres supuestos de hecho.

- El primero, la protección que impide registrar como marca aquella que consista en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.
- El segundo, la protección que impide registrar como marca aquella que consista en las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir los productos, servicios o la forma de procesarlos de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.
- El tercero, la protección que impide que se pueda registrar como marca aquello que constituya la expresión de la cultura o práctica de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales.

40. La Interpretación Prejudicial define la marca registrada TISQUESUSA como una marca mixta que combina una denominación y elementos gráficos indicando que “[...] se compone de un elemento denominativo (una o varias palabras) y un elemento gráfico (una o varias imágenes). La combinación de estos elementos al ser apreciados en su conjunto produce en el consumidor una idea sobre la marca que le permite diferenciarla de las demás existentes en el mercado [...]”⁴².

41. Teniendo en cuenta que el demandante alega que tanto el elemento denominativo TISQUESUSA como el elemento figurativo, son elementos cuyo uso se enmarca en la causal de irregistrabilidad *sub examine*, la Sala, procede a analizar separadamente los elementos que componen el conjunto marcario para cada uno de los tres supuestos de la causal analizada, y para ello se referirá a las pruebas que el Despacho Sustanciador decretó y practicó, mediante auto de 18 de febrero de 2014.

42. Para efectos metodológicos, la Sala identificará al inicio de cada supuesto, los referentes constitucionales, normativos y jurisprudenciales que luego aplicará tanto al análisis del término Tisquesusa como al análisis del Poporo Quimbaya.

42 Cfr. Folios 196

43. Primer supuesto: irregistrabilidad del nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales

43.1. La marca registrada no incluye un término que consiste en el nombre de una comunidad indígena, afroamericana o local, no obstante, para la Sala resulta importante analizar el caso desde una perspectiva más allá de lo literal del primer presupuesto de la causal de irregistrabilidad por la importancia del personaje histórico denominado Tisquesusa, en relación con la comunidad indígena de los Muisca y de la pieza de arte precolombino denominada “Poporo”, en relación con la comunidad indígena Quimbaya.

43.2. El ordenamiento jurídico colombiano reconoce tanto en la Constitución Política como en diversas leyes, que la identidad y la diversidad cultural de las minorías y grupos étnicos merecen especial protección. En tal sentido, la Constitución⁴³ impone al Estado Colombiano la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación y la ley⁴⁴ desarrolla tal obligación previendo que “[...] el estado garantiza a los grupos étnicos y lingüísticos, a las comunidades negras y raizales y a los pueblos indígenas el derecho a conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural [...]” y reconoce el Principio de igual dignidad y respeto de las culturas de las personas pertenecientes a minorías y pueblos autóctonos, por cuanto la protección, promoción y mantenimiento de la diversidad cultural son una gran riqueza para las personas y las sociedades y condición esencial para un desarrollo sostenible en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

43.3. Además, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo consagrados en la Carta Política indicando que tal eficacia, así lo dicho esta Corporación⁴⁵, “[...] comporta que los grupos étnicos y las personas que los constituyen, entendidos como comunidades culturales diferentes, deben ser tratados como portadores de otros valores distintos de los considerados “occidentales” pero en todo caso, como sujetos culturales plenos, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a

43 Constitución Política de Colombia. Artículo 7º.

44 Artículo 1º de la Ley 397 del 7 de agosto de 1997: “Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71, 72 y demás artículos concordantes de la constitución política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el ministerio de la cultura y se trasladan algunas dependencias”.

45 Consejo de Estado. Sentencia del 13 de marzo de 1997. M. P. Ricardo Hoyos Duque.

perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco étnico mínimo que la propia Carta señala [...].

43.4. De la misma forma, la Corte Constitucional⁴⁶, ha reiterado que la diversidad cultural “[...] *está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías [...].*”

- **Tisquesusa y la comunidad indígena Muisca**

43.5. Tisquesusa, quien nació en 1514, recibió el título de Zipa, título dado al gobernante supremo del Zipasgo, principal división político-administrativa del territorio de la Confederación Muisca antes de la llegada de los españoles⁴⁷. Tisquesusa gobernó durante 24 años y fue el último Zipa de la comunidad indígena Muisca. Un soldado español, al servicio de Gonzalo Jiménez de Quesada⁴⁸ lo asesinó.

43.6. La comunidad Muisca, a la que perteneció Tisquesusa, aún hoy, existe como comunidad⁴⁹ y habita el altiplano cundiboyacense. El Ministerio del Interior y de Justicia, reconoció en 2006, a comunidades habitantes en Cota, Sesquilé y Chía, como comunidades indígenas Muisca⁵⁰. En consecuencia, el término Tisquesusa, reproducido en la marca registrada no es un nombre común sino que, tiene una relevancia histórica que lo relaciona de manera directa con la comunidad indígena Muisca.

46 Corte Constitucional. Sentencia T-601 de 10 de agosto de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

47 Herrera Ángel, Martha, Tisquesusa. Biblioteca Virtual del Banco de la República, según referencia tomada de la Gran Enciclopedia de Colombia, del círculo de Lectores. Fuente: www.lablaa.org/blaavirtual/bibliografias/tisquesu.thm. (Cfr. Folios 10 y 11).

48 Respuesta al oficio núm. 502 de 5 de marzo de 2014, remitida por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia de 8 de abril de 2014 (Cfr. Folios 166 y 167).

49 Cfr. Listado en Folios 74 y 75. Referencias bibliográficas y artículos referentes al nombre e historia de la comunidad MUISCA, y su reconocimiento como comunidad indígena vigente en Colombia.

i) Eduardo Londoño, Los Muisca: una reseña etnohistórica con base en las primeras descripciones — Los mayores cacicazgos de Colombia. Museo del Oro. Fuente: www.banrep.gov.co. (Cfr. Folios 16 y 18);

ii) Muisca. Wikipedia, la enciclopedia libre. www.wikipedia.org (Cfr. Folio 19 a 25);

iii) Fundación Hemera. Artículo "No hay duda que los Muisca son indígenas". Fuente <http://colombia.indymedia.org/news/2006/11/52291.php> (Cfr. Folios 29 y 30);

iv) Los Muisca se posesionan con fuerza. Artículo publicado el 17/11/2006, en la publicación Actualidad Étnica. Fuente: www.etniasdecolombia.org (Cfr. Folios 26 a 28);

v) La participación indígena en Bogotá empieza a dar sus primeros pasos. www.plazacapital.org (Cfr. Folios 31 a 36).

50 Respuesta al oficio núm. 501 de 4 de marzo de 2014, remitida por el Director de Asuntos Indígenas de la Dirección de etnias del Ministerio del Interior y de Justicia de 31 de marzo de 2014 (Cfr. Folios 169 a 187).

43.7. Corolario de lo anterior, la marca registrada se encuentra incurra en el primer supuesto de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), por cuanto el público consumidor al que se dirijan los servicios de la Clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza identificados con la marca mixta registrada, Tisquesusa, asociarán erróneamente los servicios ofrecidos con la comunidad indígena Muisca lo que afecta la identidad cultural y valores de la comunidad indígena Muisca.

43.8. Resultaría admisible el uso del término Tisquesusa, como marca, si la comunidad indígena, reconocida como sujeto cultural pleno por la ley, hubiere autorizado al tercero a registrar una marca cuyo elemento denominativo consiste en el nombre del último Zipa de la comunidad Muisca, sin embargo, considerando que no consta autorización alguna en el expediente, la Sala habrá de proteger la identidad étnica y cultural de la comunidad Muisca en aplicación del primer supuesto del artículo 136, literal g), para evitar que el nombre de la comunidad Muisca se asocie con un servicio de alimentación prestado por un particular, sin su autorización. Lo anterior, por cuanto, como se analizará en el tercer supuesto, el nombre Tisquesusa, asociado a la comunidad indígena Muisca, hace parte del patrimonio cultural de la nación.

- **El Poporo y la comunidad indígena Quimbaya**

43.9. La Sala encuentra, de acuerdo con las pruebas allegadas, que el elemento gráfico de la marca registrada consiste en la reproducción de una pieza arqueológica representativa de la cultura prehispánica de la comunidad indígena Quimbaya, conocida con el nombre de “Poporo Quimbaya”, que fue fabricado entre el año 0 y el 600 d.C. y se usó para almacenar cal y como recipiente ceremonial para el mambeo de hojas de coca durante las ceremonias religiosas. La imagen del Poporo Quimbaya se reproduce a continuación⁵¹:

51 http://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/Poporo_Quimbaya. Consultado el 28 de agosto de 2018.



Poporo (recipiente para cal). Tumbaga 0 - 600 d.C. Loma de Pajarito, entre Angostura y Yarumal, Antioquia 23,5 x 11,4 cm.

43.10. El Poporo Quimbaya, se hizo famoso por “[...] sus proporciones armónicas y su técnica, la fundición a la cera perdida con núcleo, una tecnología especial que se utilizó para realizar piezas complejas que requirieran un manejo especial del color, hacer recipientes con interiores vacíos y para crear impresiones decorativas [...]”⁵². Su descripción física es como sigue⁵³:

“[...] objeto de oro de 777,7 gramos de peso y 23,5 centímetros de altura que dio origen al Museo del Oro. Era un Poporo Quimbaya, pieza maestra de la orfebrería prehispánica. Un objeto bello que levanta su bruñido vientre globular y su cuello coronado por cuatro cuerpos esféricos sobre una exquisita base de filigrana fundida, y parece flotar en un espacio propio. Quien lo contempla no puede menos que asombrarse, deleitarse y sentir admiración por sus artífices” (Sánchez, 2003) [...].

43.11. El nombre de la comunidad indígena Quimbaya “[...] corresponde a uno de los numerosos cacicazgos indígenas en el Cauca medio, región que por extensión se llamó “provincia de quimbaya”. Actualmente, este nombre designa los diferentes estilos precolombinos del antiguo Caldas, norte del Valle y sur de Antioquia. [...]. Gracias a la arqueología, sabemos ahora que las obras quimbayas corresponden por lo menos a cuatro ocupaciones distintas de la región [...]”⁵⁴. Su reconocimiento se dio particularmente por el hallazgo de un tesoro que “[...] pertenece a la segunda ocupación, entre los siglos IV y X, de los llamados

52 Ver: Efraín Sánchez Cabra. El Museo del Oro. Boletín Cultural y Bibliográfico. Volumen 40. Núm. 64.2003. Pg. 3. (Cfr. Folios 37 a 60)

53 Ver: Efraín Sánchez Cabra. El Museo del Oro. Boletín Cultural y Bibliográfico. Volumen 40. Núm. 64.2003. Pg. 3. (Cfr. Folios 37 a 60)

54 <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-30/el-primer-tesoro-de-los-quimbayas>. Consultado el 28 de agosto de 2018.

"quimbayas clásicos" [...]”⁵⁵ y que estaba integrado por numerosas piezas, entre ellas, el denominado “Poporo Quimbaya”.

43.12. La Sala, considera que la reproducción del Poporo Quimbaya, en la marca registrada, conlleva la aplicación del primer supuesto de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), habida cuenta que el Poporo se asocia estrecha y directamente con la comunidad indígena Quimbaya. En este orden de ideas, el público consumidor al que se dirijan los servicios de la Clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza, identificados con la marca mixta registrada, asociarán erróneamente los servicios ofrecidos con la identidad y valores culturales de la comunidad indígena Quimbaya. Lo anterior, resulta inadmisibles teniendo en cuenta que, como se analizará en el tercer supuesto de la causal, la figura del Poporo Quimbaya hace parte del patrimonio cultural de la nación.

43.13. Así las cosas, deberá protegerse la identidad étnica y cultural de la comunidad Quimbaya, en aplicación del primer supuesto del artículo 136, literal g), para evitar que su nombre se asocie con un servicio de alimentación prestado por un particular.

44. Segundo supuesto: irregistrabilidad de las denominaciones, palabras, letras, caracteres o signos utilizados por las comunidades indígenas, afroamericanas o locales para distinguir productos, servicios o la forma de procesarlos

44.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado claro cuáles son algunas de las tradiciones o elementos materiales que identifican y distinguen a una cultura⁵⁶:

*“[...] De acuerdo con la doctrina especializada, **para considerar que existe una “etnia” deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva.** La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera: (...) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente. **La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de “cultura”. Este término hace relación básicamente al***

55 <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-30/el-primer-tesoro-de-los-quimbayas>. Consultado el 28 de agosto de 2018.

56 Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-778 del 27 de julio de 2005. Acción de tutela instaurada por Ati Seygundiba Quigua Izquierdo contra Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

“conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana.” En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos [...]”. (Destacado de Sala)

- **Tisquesusa, el Poporo Quimbaya y los servicios de la Clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza**

44.2. Bajo la misma línea de argumentos citados para el análisis del primer supuesto, para la Sala no hay duda que habida cuenta que la marca registrada pretende amparar servicios de alimentación que se clasifican en la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza, el público consumidor podrá asumir erróneamente que los servicios ofrecidos tienen alguna relación en su origen, su procesamiento o su oferta con tradiciones milenarias de los indígenas Muisca respecto de la denominación Tisquesusa o respecto de los indígenas Quimbaya por la reproducción del Poporo Quimbaya. También podrían pensar que existe un aval o consentimiento expreso de la primera comunidad para la oferta de los servicios en el mercado pero en el expediente no se encuentra prueba alguna que lo demuestre.

44.3. Por lo anterior, la Sala, en aplicación del segundo presupuesto de la norma analizada habrá de proteger los intereses de las comunidades indígenas Muisca y Quimbaya para evitar que el consumidor promedio incurra en error al pensar que los servicios de alimentación ofrecidos guardan relación con tradiciones indígenas milenarias en cuanto a la prestación de los servicios y/o su forma de procesar los alimentos ofrecidos.

45. Tercer supuesto: irregistrabilidad de la expresión de la cultura o práctica de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales

45.1. Respecto del tercer supuesto, la Interpretación Prejudicial señala “[...] este **tercer supuesto requiere** de mayor análisis a fin de determinar su alcance. En este punto resulta necesario **dilucidar, en primer lugar, qué se entiende por "expresión" o "práctica" cultural [...].** (Destacado de Sala).

45.2. La Interpretación Prejudicial cita la Convención sobre la Protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales⁵⁷, para indicar que las expresiones culturales son manifestaciones que tienen un contenido cultural y que son resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades. Agrega, refiriéndose a la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial⁵⁸, que en términos generales, las tradiciones y expresiones orales, las artes del espectáculo; los usos sociales, rituales y actos festivos; los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y las técnicas artesanales tradicionales hacen parte de tal patrimonio. Señala también que desde el punto de vista de la normativa andina, las expresiones y las prácticas culturales, hacen parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, el cual puede ser tangible e intangible.

45.3. La Decisión 588 de 10 de julio de 2004 de la Comisión Comunidad Andina⁵⁹, en adelante la Decisión 588, en su artículo 1.º define los términos Patrimonio cultural, Patrimonio cultural mueble y Patrimonio cultural intangible así:

- “[...] *Patrimonio cultural: Se entiende por patrimonio cultural la apropiación y gestión de las manifestaciones materiales e inmateriales heredadas del pasado, incluyendo los valores espirituales, estéticos, tecnológicos, simbólicos y toda forma de creatividad, que los diferentes grupos humanos y comunidades han aportado a la historia de la humanidad [...].*”
- “[...] *Patrimonio cultural mueble: Comprende los objetos arqueológicos, históricos, artísticos, etnográficos, tecnológicos, religiosos y aquellos de origen artesanal o folklórico que constituyen bienes o colecciones importantes para las ciencias, la historia del arte y la conservación de la diversidad cultural del país [...].*”
- “[...] *Patrimonio cultural intangible: Comprende las manifestaciones y los valores culturales y los significados sociales contenidos en la música y las artes del espectáculo; el lenguaje y la literatura; las tradiciones orales, la toponimia, los festivales folklóricos y de toda naturaleza, los ritos y las creencias; el arte culinario y la medicina tradicional, entre otros conocimientos y tecnologías tradicionales, que la comunidad haya*

57 Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Aprobada el 20 de octubre de 2005 en París durante la 33.ª reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Colombia adhirió a la Convención el 19 de marzo de 2013 la cual fue aprobada por Ley 1516 de 6 de febrero de 2012. La Convención y la Ley aprobatoria fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-767-12 de 3 de octubre de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. En vigor para el Estado Colombiano desde el 19 de junio de 2013.

58 Primer párrafo del artículo 2 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Colombia ratificó la Convención el 19 de marzo de 2008 la cual fue aprobada mediante Ley 1037 de 25 de julio de 2006. La Convención y Ley aprobatoria fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-120-08 de 13 de febrero de 2008. C.P. Mauricio González Cuervo. En vigor para el Estado Colombiano desde el 19 de junio de 2008.

59 “Por la cual se sustituye la Decisión 460 sobre la protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina”

reconocido como recurrentes y válidas para identificación y expresión cultural [...]”.

45.4. El ordenamiento jurídico colombiano define lo que constituye el patrimonio cultural de la nación y determina el alcance de su protección. En particular, la ley relativa a la protección de los derechos de autor en Colombia⁶⁰ prevé que “[...] **El arte indígena, en todas sus manifestaciones, inclusive danzas, canto, artesanía, dibujos y esculturas, pertenece al patrimonio cultural [...]**”.

(Destacado de Sala).

45.5. En una definición más exhaustiva, la ley relativa a la regulación del patrimonio cultural⁶¹ determina que “[...] **El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico [...]**”.

45.6. El Decreto Reglamentario Único del Sector Cultura⁶², establece que hacen parte del Patrimonio cultural Inmaterial de la nación “[...] **los usos, prácticas, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas, junto con los instrumentos, objetos, artefactos, espacios culturales y naturales que les son inherentes, así como las tradiciones y expresiones orales, incluidas las lenguas, artes del espectáculo, usos sociales, rituales y actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, técnicas artesanales, que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como**

60 Artículo 189 de la Ley 23 del 28 de enero de 1982: “Sobre derechos de autor”.

61 Artículo 4º. de la Ley 397 del 7 de agosto de 1997: “Por medio de la cual se desarrollan los artículos 70, 71, 72 y demás artículos concordantes de la constitución política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el ministerio de la cultura y se trasladan algunas dependencias”.

62 Artículo 2.5.1.2. del Decreto 1080 del 26 de mayo de 2015: “Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario único del Sector Cultura”. De acuerdo con el Decreto, el Patrimonio cultural Inmaterial se integra en la forma dispuesta en los artículos 4º de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 1º de la Ley 1185 de 2008, y 11-1 de la Ley 397 de 1997 y adicionado por el artículo 8º de la Ley 1185 de 2008. Lo anterior, en consonancia, con las referidas normas y con la Convención de la Unesco para la Salvaguardia del Patrimonio cultural Inmaterial aprobada en París el 17 de octubre de 2003, adoptada por Colombia mediante la Ley 1037 de 2006 y promulgada mediante el Decreto 2380 de 2008.

parte de su patrimonio cultural. [...]. **El Patrimonio cultural Inmaterial incluye a las personas que son creadoras o portadoras de las manifestaciones que lo integran. [...]. Los diversos tipos de Patrimonio cultural Inmaterial antes enunciados, quedan comprendidos para efectos de este decreto bajo el término `manifestaciones´ [...].** (Destacado de Sala)

45.7. El mismo Decreto ordena además que “[...] Es obligación del Estado y de las personas valorar, proteger y difundir el patrimonio cultural de la nación [...]”⁶³ y, que ningún particular podrá “[...] abrogarse la titularidad del Patrimonio cultural Inmaterial, ni afectar los derechos fundamentales, colectivos y sociales que las personas y las comunidades tienen para el acceso, disfrute, goce o creación de dicho Patrimonio [...]”⁶⁴.

45.8. La Corte Constitucional ha sostenido que las expresiones y prácticas culturales hacen parte del patrimonio cultural y que, corresponde al Estado su protección, en los siguientes términos⁶⁵:

*“[...] Adicional a la protección de la integridad y diversidad étnica, cultural y social de las comunidades aborígenes, **el Estado también tiene la obligación de proteger y defender el patrimonio cultural de la Nación, principio constitucional que se edifica como un imperativo para las autoridades públicas e incluso para los particulares, concepto que se ha dimensionado como Constitución Cultural. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que la identidad cultural es la manifestación de la diversidad de las comunidades y la expresión de la riqueza humana y social, lo cual constituye un instrumento de construcción y consolidación de sociedades organizadas, encaminadas al mejoramiento de sus relaciones. [...] Y, finalmente, con especial relevancia para el análisis del asunto sometido a estudio de esta Corporación, recuérdese que el artículo 72 de la Carta dispuso que “el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, pero que sólo “el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles” La descripción anterior muestra que, efectivamente, la protección del patrimonio cultural de la Nación tiene especial relevancia en la Constitución, en tanto que éste constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones. Entonces, la salvaguarda estatal del patrimonio cultural de la Nación tiene sentido en cuanto, después de un proceso de formación, transformación y apropiación, expresa la identidad de un grupo social en un momento histórico [...]”** (Destacado de Sala).*

63 Artículo 1º. de la Ley 397 de 1997.

64 (Decreto número 2941 de 2009; artículo 5º). Artículo 2.5.1.5. del Decreto 1080 del 26 de mayo de 2015.

65 Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de 7 de febrero de 2017. T-080 de 2017. C.P. Jorge Iván Palacio. Acción de tutela interpuesta por M.N.G. en calidad de Capitán del resguardo indígena Carijona de Puerto Nare (Guaviare) y otro, contra la Presidencia de la República y otros. Expediente T-5.120.337.

45.9. En suma, para la Sala es claro que las expresiones y las prácticas culturales hacen parte del patrimonio cultural intangible del Estado y que, en aplicación de los criterios establecidos por la Interpretación Prejudicial y la normativa colombiana, debe impedirse su registro como marca, de conformidad con lo dispuesto en el tercer supuesto de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), tal como se pasa a analizar a continuación.

- **Tisquesusa y la expresión de la cultura o práctica de los Muisca**

45.10. Para la Sala, no cabe duda que el nombre Tisquesusa reproducido en la marca registrada, es una expresión de la cultura Muisca que hace parte del patrimonio cultural inmaterial del Estado de Colombia, habida cuenta que dicho patrimonio incluye a las personas creadoras o portadoras de las manifestaciones culturales. Así lo prevé, igualmente, la Interpretación Prejudicial, al señalar que las expresiones verbales “[...] *inspiradas en un personaje histórico indígena, podrían ser consideradas como producciones integradas por elementos del patrimonio artístico tradicional, resultantes de la creatividad de personas o grupos con contenido cultural [...]*”⁶⁶.

45.11. Finalmente, teniendo en cuenta que en el expediente no consta autorización o consentimiento que la comunidad indígena Muisca, aún asentada en Colombia, haya dado al solicitante y actual titular del registro marcario *sub examine*, para la Sala es claro que la marca mixta registrada Tisquesusa se subsume también en el tercer supuesto de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), de la Decisión 486.

45.12. La Sala concluye, con base en lo anterior, que la inclusión del término Tisquesusa en la marca registrada vulnera los tres supuestos de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), de la Decisión 486, motivo por el cual, el cargo estudiado tiene vocación de prosperidad.

- **El Poporo y la expresión de la cultura o práctica de los Quimbayas**

45.13. A juicio de la Sala, el Poporo es una muestra incuestionable de expresión cultural de la comunidad Quimbaya por cuanto expresa y concreta su identidad

66 Cfr. Folio 195

cultural y su riqueza humana y social. En efecto, el Poporo Quimbaya sirvió como incentivo al Estado Colombiano para iniciar la recuperación, protección y conservación de su patrimonio cultural inmaterial tal como lo muestra la siguiente cita⁶⁷:

“[...] Detrás de la compra del poporo había una clara preocupación oficial por proteger una riqueza que comenzaba a entenderse como parte del patrimonio nacional. Esta motivación se pone de manifiesto en una serie de documentos relativos a su adquisición. En marzo de 1939 el Ministerio de Educación remitió una nota al Comité Ejecutivo del Banco de la República, en la cual le encargaba que tratara de "comprar, para conservarlos, los objetos de oro o plata de fabricación indígena y de época precolombina, los que el Ministerio compraría por su valor material" [...]. En la misma nota el Ministerio presentaba la pieza, que había sido puesta en venta por doña Magdalena Amador de Maldonado y corría el riesgo de quedar en manos de un postor privado si no se adelantaba con urgencia una negociación oficial. Entre las inquietudes del gobierno estaba la de evitar la salida del país de objetos arqueológicos como el poporo. El peligro que corre un objeto culturalmente valioso de perderse como propiedad colectiva aumenta en proporción directa a su calidad estética o a su significación histórica. Pero con los de orfebrería existe un factor adicional que los coloca en el máximo nivel de riesgo. En la historia de Occidente el valor de cambio de los metales preciosos ha tenido primacía absoluta sobre su valor de uso, que era el que primaba entre los pueblos aborígenes anteriores a la conquista de América. El hecho de haber sido la orfebrería importante vehículo de expresión material de muchas sociedades prehispánicas de Colombia se convirtió en el elemento determinante de la destrucción de sus vestigios [...]”.

45.14. Considerando que, el Poporo Quimbaya hace parte del patrimonio cultural intangible del Estado de Colombia y que es un bien que expresa la identidad de la cultura Quimbaya, corresponde protegerlo contra su apropiación como marca, razón por la cual se concluye, que la reproducción de la figura del Poporo Quimbaya en la marca registrada vulnera los tres supuestos de la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), de la Decisión 486, motivo por el cual, el cargo estudiado tiene vocación de prosperidad.

45.15. Consecuencia de todo lo anterior, la marca registrada no cumple con los requisitos del artículo 134, literales a), b) y g), por cuanto no pueden constituir marca aquellos signos que carezcan de distintividad.

46. En este orden de ideas, ante la prosperidad de los cargos endilgados en la demanda, se deberá declarar la nulidad de la Resolución núm. 8885 de 11 de abril de 2006, expedida por la Jefe de División de Signos Distintivos de la

67 Ver: Efraín Sánchez Cabra. El Museo del Oro. Boletín Cultural y Bibliográfico. Volumen 40. Núm. 64.2003. Pg. 3. (Cfr. Folios 37 a 60)

Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se concedió el registro de la marca mixta TISQUESUSA, para distinguir productos de la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza a Rafael Antonio Nieto Vanegas.

Conclusión

47. En suma, la Sala concluye que debe impedirse que terceros, sin autorización expresa de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, adquieran derechos exclusivos sobre marcas y desarrollen actividades económicas y comerciales, valiéndose de expresiones culturales resultantes de la creatividad y conocimiento milenario de tales comunidades y del patrimonio cultural tangible e intangible de la nación.

48. Corolario de lo expuesto, la Sala colige que se configura la causal de irregistrabilidad del artículo 136, literal g), de la Decisión 486, por cuanto la marca registrada para distinguir servicios de la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza, específicamente “[...] *servicios de restauración (alimentación); hospedaje temporal, cafés, bares, restaurantes, grilles y similares [...]*”, carece de la distintividad extrínseca requerida por lo que procede declarar la nulidad de los actos administrativos acusados con el fin de evitar afectar la identidad y valores de las comunidades indígenas Muisca y Quimbaya y el patrimonio cultural e histórico del Estado Colombiano.

49. Por ello, ante la prosperidad de los cargos endilgados en la demanda, la Sala declarará la nulidad de la Resolución núm. 8885 de 11 de abril de 2006, expedida por la Jefe de División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución núm. 8885 de 11 de abril de 2006, expedida por la Jefe de División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se concedió el registro de la marca mixta TISQUESUSA, para distinguir servicios de la clase 43 de la Clasificación Internacional de Niza, específicamente “[...] *servicios de*

restauración (alimentación); hospedaje temporal, cafés, bares, restaurantes, grilles y similares [...], a Rafael Antonio Nieto Vanegas, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ENVIAR copia de la providencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de conformidad con lo previsto en el artículo 128 de la Decisión 500 de la Comisión de la Comunidad Andina.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado que, una vez en firme esta sentencia, archive el expediente, previas las anotaciones a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS