

RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA – Contra auto que negó el decreto de unas pruebas / PROCESOS DE NULIDAD DE MARCAS – Tercero interesado / INTERROGATORIO DE PARTE – Requisitos. Procedencia respecto de representante legal de la tercera interesada en el proceso

En relación con el interrogatorio de parte solicitado por la demandante al representante legal de la empresa Alpina Productos Alimenticios S.A., para la Sala es viable su recepción, por cuanto, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, en materia marcaria los terceros con interés directo en las resultas del proceso se comportan como una verdadera parte, al punto que su no vinculación al proceso genera causal de nulidad.

PRUEBA TESTIMONIAL – Requisitos. Objeto: indicación sucinta / TESTIMONIOS – No es una limitante para su decreto la subordinación que pueda tener el testigo con sujetos del proceso

La declaración de parte requerida por la sociedad Compagnie Gervais Danone, reúne los presupuestos exigidos por el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que la solicitó dentro de la oportunidad legalmente establecida y precisó el objeto de la misma: “para que deponga sobre los hechos del proceso...”, por lo tanto el a quo debió acceder a su decreto. Ahora, respecto del argumento de la presunta ausencia de fundamentos para solicitar el interrogatorio de parte referido, esta Sala advierte que para el decreto del mismo basta con indicar sucintamente cuál es el objeto de la declaración, como en efecto lo hizo la sociedad actora en su demanda, sin que sea procedente exigirle requisitos adicionales no contemplados en las normas procesales que regulan la materia. [...] Observa la Sala que la solicitud de dichas pruebas testimoniales dio cumplimiento a los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, pues, por un lado, la actora fue clara en mencionar que el objeto de su declaración se dirigía a que los enunciados testigos se manifestaran “sobre los hechos del proceso”; y, por el otro, de conformidad con las normas transcritas al inicio de estas consideraciones, no se encontró que la Ley haya establecido alguna limitante frente a la subordinación o dependencia que puedan tener los llamados a declarar con alguno de los sujetos del proceso. Cosa distinta es la valoración que el Juez haga al momento de tomar una decisión.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 169 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 181 – NUMERAL 8 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 183 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 187 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 203 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 204 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 206 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 207 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 208 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 214 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 217 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 218 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 219 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 220 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 244 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 245 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 246 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 247

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencias Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 13 de julio de 2010, Radicación 11001-03-15-000-2010-00183-00, C.P. Mauricio Torres Cuervo; de 16 de octubre de 2012,

Radicación 11001-03-15-000-2012-00690-00, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Primera, de 12 de septiembre de 2002, Radicación 11001-03-24-000-2001-00374-01 (7610), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; de 28 de abril de 2011, Radicación 11001-03-24-000-2007-00270-00, C.P. María Elizabeth García González; de 1 de noviembre de 2012, Radicación 11001-03-24-000-2007-00321-00, C.P. María Elizabeth García González.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00326-00

Actor: COMPAGNIE GERVAIS DANONE

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Referencia: Recurso ordinario de súplica

TESIS: LA SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA NO ES UNA LIMITANTE PARA ATESTIGUAR. SE PUEDE SOLICITAR INTERROGATORIO DE PARTE DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD QUE ACTÚA COMO TERCERA INTERESADA. SE REVOCA PARCIALMENTE AUTO SUPPLICADO.

Se deciden los recursos ordinarios de súplica oportunamente interpuestos por la actora y por la sociedad **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, tercera con interés directo en las resultas de este proceso, contra el proveído de 5 de agosto de 2011¹, proferido por la Sala Unitaria del entonces señor Consejero **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**, en cuanto denegó la práctica de algunas pruebas.

I.- FUNDAMENTOS DEL AUTO SUPPLICADO.

¹ Subió al Despacho para resolver recurso el 25 de abril de 2016.

El Consejero conductor del proceso, mediante auto de 5 de agosto de 2011, abrió el período probatorio y decidió denegar unas pruebas solicitadas por las sociedades **COMPAGNIE GERVAIS DANONE** y **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, actora y tercera interesada, respectivamente, con base en los siguientes argumentos:

“DE LA PARTE ACTORA.

(...)

INTERROGATORIO DE PARTE.

*Respecto de la solicitud a la que alude el acápite de pruebas de la demanda (folio 501 del expediente), relativa a que el señor JULIÁN JARAMILLO ESCOBAR, representante legal de ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. rinda interrogatorio de parte, se **RECHAZA** por cuanto no indicó los fundamentos para solicitarlos, según lo dispuesto en los artículos 219 y 220 del Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del artículo 168 del C.C.A.*

(...)

TESTIMONIAL.

*Respecto de la solicitud de testimonio de los señores JERÔME BUSCAIL, PIERRE-HUMBERT CUIJPERS, HENRI BRUXELLES, JUANJO SAEZ TORRES , MARCELO PALMEIRO Y ARMANDO REYES, se **RECHAZA** por improcedente, dado que dichas personas no son terceros testigos de unos hechos, sino personas subordinadas y dependientes de la empresa solicitante, además de que no indicó los fundamentos para ello según lo dispuesto en los artículos 219 y 220 del Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del artículo 168 del C.C.A.*

*En cuanto a la solicitud de testimonio de los señores GERMÁN TÉLLEZ DÍAZ, HERNÁN MÉNDEZ, HUGO GOGGEL, HANS MUNGER, RUDI KLING, HERNANDO LOBOGUERRERO, FRANCISCO LOZANO VALCHAE, BEATRIZ CORTÁZAR MORA, OLGA LUCIA VILLEGAS, JANETH CONSUEGRA, IVÁN LÓPEZ ARANGO, OSCAR ENRIQUE CORREA GIRALDO, JUAN B. SANTAELLA ZAMORA, UELL ANDREAS BARUFFOL y JURG SCHIESS, solicitadas en la demanda y su adición, se **RECHAZA**, por cuanto no indicó los fundamentos para ello según lo dispuesto en los artículos 219 y 220 del Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del artículo 168 del C.C.A.*

(...)

DEL TERCERO INTERESADO EN LAS RESULTAS DEL PROCESO.

(...)

TESTIMONIAL.

*Respecto de la solicitud de testimonio del señor JUAN PABLO FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Vicepresidente Corporativo de Mercadeo de la Sociedad ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A., se **RECHAZA** por improcedente, dado que dicha persona no se trata de un tercero testigo de unos hechos, sino de una persona subordinada y dependiente de la empresa solicitante.*

*Referente a la solicitud de testimonio del Representante Legal o quien haga sus veces de la sociedad DANONE ALQUERIA S.A., con el fin de que declare sobre «la ausencia de uso de la marca **VITALIS (NOMINATIVA)** en nuestro país», se **RECHAZA** por improcedente, dado que el representante legal o quien haga sus veces, es la persona que representa los intereses de la parte demandante en el proceso no un tercero ajeno a ellos. Además, porque los fines del testimonio solicitado, constituyen la materia que debe dirimir esta Corporación.*

INSPECCIÓN JUDICIAL.

***RECHÁZASE** por improcedente la inspección judicial solicitada, toda vez que la Normatividad Comunitaria Andina, establece enunciativamente los factores de prueba que deben ser considerados para demostrar la notoriedad de una marca, tales como la duración, amplitud y extensión geográfica de su utilización, dentro o fuera del país; la duración, amplitud y extensión geográfica de su promoción, dentro y fuera del país, incluyendo la publicidad, ferias, exposiciones de los productos o servicios; o cifras de ventas y de ingresos del signo cuya titularidad se alega, etc., datos documentales que deben ser aportados por quien alega la notoriedad.”*

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

- **El apoderado de la sociedad ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, tercera interesada, solicitó revocar parcialmente el auto objeto del recurso de súplica, en lo que respecta a las pruebas que le fueron denegadas, con el argumento de que el Consejero Ponente partió de un análisis equivocado frente a la calidad de las personas que se buscaba rindiesen testimonio dentro del proceso.

Adujo que no había lugar a rechazar el testimonio del Vicepresidente de Mercadeo de la sociedad **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, señor Juan Pablo Fernández, con el argumento de que aquél es subordinado de una de las partes en contienda dentro del litigio, ya que su poderdante no es parte en el proceso sino la tercera con interés directo en las resultas del mismo, por lo tanto sus empleados o dependientes no podrían adoptar la posición de parte de la que carece su empleador.

Sostuvo que las sociedades como **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, tienen una personalidad y existencia distinta de las personas que la conforman, por lo que, sus empleados, más allá de su fuerza de trabajo, no tienen ningún vínculo de ánimo societario que los ligue con aquélla.

Afirmó que el único capacitado para obligar a una sociedad y ejercer actos a su nombre, es el representante legal, por ello los empleados e incluso, los socios, no pueden tenerse como parte dentro de un asunto judicial que la involucre directamente ni siquiera en la calidad terceros, pues no tienen la facultad para representarla y guardan absoluta independencia en cuanto a su personalidad y existencia.

Advirtió que el Código de Procedimiento Civil no señala como inhábiles para rendir testimonio a las personas que tengan relación de dependencia con alguna de las partes en el proceso, por lo que no le es dado al Juez incluir limitaciones que la Ley expresamente no prevé.

Expresó que lo mismo sucede con la solicitud del testimonio del representante legal de la sociedad **DANONE ALQUERÍA S.A.**, empresa diferente y ajena a cualquiera de las partes del proceso.

Adujo que la solicitud del referido testimonio, lejos de buscar reemplazar al Juez en sus labores, se dirige a darle elementos suficientes para que adopte la decisión que corresponda respecto del uso en el mercado Colombiano de la marca **VITALIS** que, como bien lo indicó el Consejero Ponente, es el objeto de la decisión en la presente controversia judicial.

Señaló que si bien la Decisión 486 de la Comunidad Andina establece enunciativamente los criterios probatorios que deberán tenerse en cuenta para declarar la notoriedad de un signo distintivo, nada impide que las partes en uso de los medios de prueba legalmente establecidos, incluyendo la inspección judicial, se esfuercen en demostrar la existencia y concurrencia de aquellos criterios respecto de su marca.

Recordó que la inspección judicial solicitada a la página de internet de la sociedad **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, se dirige a demostrar la amplitud de la difusión de su marca, ya que permitirá evidenciar su presencia en países diferentes a Colombia, lo que demuestra que la prueba requerida resulta pertinente y conducente para demostrar los hechos alegados respecto de la difusión, impulso y promoción de sus productos a través del sistema de páginas web.

- La sociedad **COMPAGNIE GERVAIS DANONE**, también solicitó la revocatoria parcial del auto de 5 de agosto de 2011, en lo que respecta a la denegación del interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.** y los testimonios de los señores “*JERÔME BUSCAIL, PIERRE-HUMBERT CUIJPERS, HENRI BRUXELLES, JUANJO SÁEZ TORRES , MARCELO PALMEIRO, ARMANDO REYES, GERMÁN TÉLLEZ DÍAZ,*

HERNÁN MÉNDEZ, HUGO GOGGEL, HANS MUNGER, RUDI KLING, HERNANDO LOBOGUERRERO, FRANCISCO LOZANO VALCHAEL, BEATRIZ CORTÁZAR MORA, OLGA LUCIA VILLEGAS, JANETH CONSUEGRA, IVÁN LÓPEZ ARANGO, OSCAR ENRIQUE CORREA GIRALDO, JUAN B. SANTAELLA ZAMORA, UELL ANDREAS BARUFFOL y JURG SCHIESS.”

Sostuvo que a pesar de que en estricto sentido la declaración del representante legal de **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.** no se podía recepcionar como un interrogatorio de parte, teniendo en cuenta que se trata de la sociedad que actúa como tercera interesada en las resultas del proceso, dicha circunstancia no le impedía al Magistrado Conductor decretar la referida prueba como si fuera testimonial, en aras de garantizar el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y esclarecer los hechos materia de estudio, tal y como lo hizo el Magistrado Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta en el auto de 16 de mayo de 2011, proferido dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el núm. 2008-00361, en la cual se discute un asunto similar al ahora estudiado.

Adujo que la prueba testimonial solicitada sí cumplía la totalidad de las exigencias contempladas en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que para cada testigo citado se informó el nombre, domicilio y dirección de residencia, así como el objeto de la declaración.

Aclaró que las personas a las que se les solicitó rendir testimonio han tenido relación con los hechos de la demanda debido al desarrollo de sus actividades profesionales dentro de las sociedades que hacen parte de la presente contienda o porque conocen los hechos que la suscitan y por lo tanto pueden ayudar a esclarecerlos.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

De conformidad con el artículo 183 del C.C.A, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, el recurso ordinario de súplica procede en todas las instancias contra los autos interlocutorios proferidos por el ponente, que por su misma naturaleza serían apelables, de haberse dictado por el inferior, en consecuencia, en la medida en que el auto suplicado niega algunas pruebas solicitadas por la actora y la tercera interesada, es susceptible del recurso de apelación, según lo dispone el artículo 181, numeral 8°, ibídem, y en esta instancia, de súplica.

El presente asunto se contrae a determinar si estuvieron bien denegadas las pruebas testimoniales, el interrogatorio de parte y la inspección judicial solicitadas por las sociedades **COMPAGNIE GERVAIS DANONE** (actora) y **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.** (tercera interesada).

Frente al decreto de las pruebas referidas, el Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la fecha en que se instauró la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho y se profirió el auto recurrido, consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 219. PETICIÓN DE LA PRUEBA Y LIMITACIÓN DE TESTIMONIOS. Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos, y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba.

El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba. El auto del juez no tendrá recurso alguno, pero el superior podrá citar de oficio a los demás testigos, conforme a lo previsto en los artículos 180 y 361.

ARTÍCULO 220. DECRETOS Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA. Si la petición reúne los requisitos indicados en el artículo precedente, el juez ordenará la citación de los testigos y señalará fecha y hora para la audiencia en que deban recibirse las declaraciones, dentro del término para practicar pruebas.

Quando su número lo permita, se señalará una sola audiencia para recibir los testimonios, pero si no fuere suficiente se continuará en la fecha más próxima posible, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 110.

Al testigo impedido para concurrir al despacho por enfermedad, se le recibirá declaración en audiencia en el lugar donde se encuentre, previo el mismo señalamiento.

Si el juez lo considera conveniente, podrá practicar la audiencia en el lugar donde debieron ocurrir los hechos.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

“ARTÍCULO 187. *Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.”*

“ARTÍCULO 214. *Excepciones al deber de testimoniar. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:*

1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.
2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional.
3. Cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.”

“ARTÍCULO 217. *Testigos sospechosos. Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.”*

“ARTÍCULO 218. (...)

El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

A su vez, los artículos 203 y ss. del Código de Procedimiento Civil, regulan la procedencia del interrogatorio de parte:

“ARTÍCULO 203. Modificado. D.E. 2282/89, Artículo1º, núm. 96. **Interrogatorio a instancia de parte.** Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso. En la segunda instancia el interrogatorio sólo podrá pedirse en los casos señalados en el artículo 361.

Quando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales podrá citarse a todos para el interrogatorio, y cualquiera de ellos deberá concurrir a absolverlo, aunque no esté facultado para obrar separadamente.

(...)

ARTÍCULO 204. Decreto del interrogatorio. En el auto que decreta el interrogatorio se señalará la fecha y hora para la audiencia pública, que no podrá ser para antes de cuatro días, y se dispondrá la citación del absolvente, quien deberá concurrir a ella personalmente.

(...)

ARTÍCULO 206.

Modificado. D.E. 2282/89, Artículo1º, num. 98. **Traslado de la parte a la sede del juzgado.** Cuando la parte citada reside en lugar distinto a la sede del juzgado, tanto ella como la otra podrán solicitar, en el mismo escrito en que se pida la prueba o dentro de la ejecutoria de la providencia que la decrete, que se practique ante el juez que conoce del proceso y así se dispondrá siempre que quien formule esta solicitud consigne, dentro de dicha ejecutoria, el valor que el juez señale para gastos de transporte y permanencia. Contra tal decisión no habrá recurso alguno.

ARTÍCULO 207. Modificado por el art. 20, Ley 794 de 2003 Modificado. D.E. 2282/89, Artículo1º, num. 99. **Requisitos del interrogatorio de parte.** El interrogatorio será oral, si la parte que lo solicita concurre a la audiencia; en caso contrario, el peticionario deberá formularlo por escrito en pliego abierto o cerrado, que podrá acompañar al memorial en que pida la prueba o presentarlo antes de la fecha señalada para interrogatorio. Si el pliego está cerrado, el juez lo abrirá al iniciarse la diligencia. Cuando ésta deba practicarse por comisionado, el comitente lo abrirá, calificará las preguntas y volverá a cerrarlo antes de su remisión.

La parte que solicita la prueba podrá, antes de iniciarse el interrogatorio, sustituir el pliego que haya presentado por preguntas verbales, total o parcialmente.

El interrogatorio no podrá exceder de veinte preguntas; sin embargo, el juez podrá adicionarlo con las que estime convenientes para aclarar la exposición del interrogado o verificar otros hechos que interesen al proceso; así mismo, el juez excluirá las preguntas que no se relacionen con la materia del litigio, las que no sean claras y precisas, las que hayan sido contestadas en la misma diligencia o en interrogatorio anterior cuya copia obre en el expediente, y las manifiestamente superfluas. Estas decisiones no tendrán recurso alguno.

Las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas.

Cada pregunta deberá referirse a un solo hecho; si contiene varios, el juez la dividirá de modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada uno de ellos y la división se tendrá en cuenta para los efectos del límite señalado en el inciso tercero. Las preguntas podrán ser o no asertivas.

ARTÍCULO 208. *Modificado por el art. 21, Ley 794 de 2003. **Práctica del interrogatorio.** A la audiencia podrán concurrir los apoderados; en ella no se admitirán alegaciones ni debates.*

El juez, de oficio o a petición de una de las partes, podrá interrogar a las demás que se encuentren presentes, si lo considera conveniente.

Antes de iniciarse el interrogatorio, se recibirá al interrogado juramento de no faltar a la verdad.

Si el interrogado manifestare que no entiende la pregunta, el juez le dará las explicaciones a que hubiere lugar.

Cuando el interrogado exprese que para responder una pregunta necesita consultar documentos u otros papeles, o informarse del hecho con otra persona, el juez accederá a ello si lo considera razonable y suspenderá la pregunta. Agotadas las demás preguntas cuya respuesta no dependa de la suspendida, y las que de oficio formule el juez, se fijará fecha y hora para continuar la diligencia y se volverá a cerrar el pliego.

Cuando la pregunta fuere asertiva, la contestación deberá darse diciendo si es o no cierto el hecho preguntado, pero el interrogado podrá adicionarla con expresiones atinentes a aquel hecho. La pregunta no asertiva deberá responderse concretamente y sin evasivas. El juez podrá pedir explicaciones sobre el sentido y los alcances de las respuestas.

Si el interrogado se negare a contestar o diere respuestas evasivas o inconducentes, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia.

De todo lo ocurrido en la audiencia se dejará testimonio en el acta, que será firmada por el juez, los apoderados y las partes que hubieren intervenido; si aquéllos y éstas no pudieren o no quisieren firmar, se dejará constancia del hecho.

En el acta se copiarán las preguntas que no consten por escrito y todas las respuestas, con las palabras textuales que pronuncien las partes y el juez.”

Finalmente, en lo que respecta a la inspección judicial, el Código de Procedimiento

Civil establece:

“ARTÍCULO 244. Procedencia de la inspección. Para la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso podrá ordenarse, de oficio o a petición de parte, el examen judicial de personas, lugares, cosas o documentos.

Quando exista en el proceso una inspección judicial practicada dentro de él o como medida anticipada con audiencia de todas las partes, no podrá decretarse otra nueva sobre los mismos puntos, a menos que el juez la considere conveniente para aclararlos.

El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso; así mismo podrá aplazar la decisión sobre tal prueba hasta cuando se hayan practicado las demás que versen sobre los mismos hechos, y en este caso, si el término probatorio está vencido, la practicará durante el indicado en el artículo 180. Contra estas decisiones del juez no habrá recurso alguno.

ARTÍCULO 245. Solicitud y decreto de la inspección. Quien pida la inspección expresará con claridad y precisión los puntos sobre los cuales ha de versar y si pretende que se practique con intervención de peritos, caso en el cual, formulará en el mismo acto el cuestionario que aquéllos deben absolver.

En el auto que decrete la inspección el juez señalará fecha y hora para iniciarla, designará los peritos si los solicitó el interesado o lo considera conveniente por la naturaleza científica, técnica o artística de los hechos que deban examinarse, y dispondrá cuanto estime necesario para que la prueba se cumpla con la mayor eficacia.

ARTÍCULO 246. Práctica de la inspección. En la práctica de la inspección se observarán las siguientes reglas:

1. La diligencia se iniciará en el despacho del juez y se practicará con las partes que concurran y los peritos, si se hubiere ordenado su intervención, caso en el cual se aplicará lo dispuesto sobre este medio de prueba; cuando la parte que la pidió no comparece, el juez podrá practicarla si le fuere posible y lo considera conveniente.

2. En la diligencia el juez procederá al examen y reconocimiento de que se trate, y si fuere el caso oír a los peritos sobre las cuestiones materia del dictamen, las que podrá ampliar de oficio o a petición de parte.

Si alguna de las partes impide u obstaculiza la práctica de la inspección, el juez dejará testimonio de ello en el acta y le impondrá multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales, y apreciará tal conducta como indicio en contra de aquélla.

3. Durante la inspección podrá el juez, de oficio o a petición de parte, recibir documentos y declaraciones de testigos, siempre que unos y otros se refieran a los hechos objeto de la misma.

4. El juez podrá ordenar que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, grabaciones mecánicas, copias fotográficas, cinematográficas o de otra índole, si dispone de medios para ello, y que durante la diligencia se proceda a la reconstrucción de hechos o sucesos, para verificar el modo como se realizaron, y tomar cualquiera otra medida que considere útil para el esclarecimiento de los hechos.

5. Cuando se trate de inspección de personas, podrá el juez ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquéllas. La renuencia de las partes a permitir estos exámenes será apreciada como indicio en su contra.

6. Podrá igualmente el juez decretar el dictamen pericial de uno o dos especialistas, si los peritos que lo acompañan no fueren expertos en la respectiva materia, o si la inspección se practica sin peritos y considera indispensable su dictamen sobre hechos científicos, técnicos o artísticos que durante ella hayan sido examinados.

7. Concluida o suspendida la inspección, se redactará y firmará el acta como lo dispone el artículo 109, en la cual se especificarán las personas, cosas o hechos examinados, los resultados de lo percibido por el juez, las constancias que las partes quieran dejar y que el juez estime pertinentes, el dictamen de los peritos, si fuere el caso, y los demás pormenores de su realización. El acta será firmada por quienes hayan intervenido en la diligencia. Las declaraciones de testigos se suscribirán a medida que se reciban, si es posible.

8. Igualmente el juez, de oficio o a solicitud del interesado, podrá interrogar a las partes presentes en la diligencia, sobre hechos relacionados con ésta.

ARTÍCULO 247. Inspección de cosas muebles o documentos. Cuando la inspección deba versar sobre cosas muebles o documentos que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros, se observarán previamente las disposiciones sobre exhibición.”

Cabe resaltar que las anteriores disposiciones fueron recogidas por el Código General del Proceso en sus artículos 198 y ss., sin modificaciones sustanciales en lo que respecta a la validez, requisitos y formalidades para decretar este tipo de pruebas.

Teniendo en cuenta el recuento normativo hecho en líneas anteriores, procede la Sala a analizar las pruebas denegadas en el auto objeto del presente recurso.

En relación con el interrogatorio de parte solicitado por la demandante al representante legal de la empresa **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, para la Sala es viable su recepción, por cuanto, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, en materia marcaria los terceros con interés directo en las resultas del proceso se comportan como una verdadera parte, al punto que su no vinculación al proceso genera causal de nulidad.

Sobre el particular, esta Sección en auto de 12 de septiembre de 2002, sostuvo:

“Es cierto que conforme al artículo 203 del C.de P.C. cuando de partes se trata, lo procedente es pedir su interrogatorio y no su testimonio, pues este último está reservado para los terceros, que son ajenos a la relación jurídico procesal, la cual se traba únicamente entre quienes tienen la calidad de PARTES.

En este caso la sociedad PAPELES NACIONALES S.A., no es parte, siguiendo lo consagrado en el Código Contencioso Administrativo, pues de acuerdo con el artículo 150, por ella se entiende a “Las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas”, es decir, a quienes expiden los actos administrativos acusados. De tal manera que si dicha sociedad no expidió los actos acusados, no es parte, jurídicamente hablando.

*Sin embargo, **como en materia contenciosa administrativa los terceros con interés directo, en la práctica, se comportan como partes, pues, no son ajenos a lo que se debate en el proceso, lo técnico y adecuado es que su intervención como declarantes, si es del caso, se haga en calidad de parte y no de tercero**, por lo que no se compadece con lo expresado solicitar su testimonio, como se hizo en la demanda.*

*Empero, en aplicación al artículo 228 de la Carta Política, que garantiza la prevalencia del derecho sustancial, **estima la Sala que lo verdaderamente relevante, en este caso, no es el nombre que se le dé a la prueba, sino establecer si ella reúne los requisitos exigidos en el Código de Procedimiento Civil...***

(...)

En este caso, la actora solicitó la declaración de marras, dentro de la oportunidad procesal prevista para ello (la demanda), e indicó el objeto de

la prueba (declarar sobre los hechos relacionados con la demanda y su contestación), por lo que es viable acceder a su decreto.”²

En el presente caso, luego de examinar la demanda, en especial el capítulo de pruebas, se encuentra que la declaración de parte requerida por la sociedad **COMPAGNIE GERVAIS DANONE**, reúne los presupuestos exigidos por el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil³, toda vez que la solicitó dentro de la oportunidad legalmente establecida y precisó el objeto de la misma: *“para que deponga sobre los hechos del proceso...”*, por lo tanto el a quo debió acceder a su decreto.

Ahora, respecto del argumento de la presunta ausencia de fundamentos para solicitar el interrogatorio de parte referido, esta Sala advierte que para el decreto del mismo basta con indicar sucintamente cuál es el objeto de la declaración, como en efecto lo hizo la sociedad actora en su demanda, sin que sea procedente exigirle requisitos adicionales no contemplados en las normas procesales que regulan la materia.

Además, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en proveído de 13 de julio de 2010 (Expediente núm. 2010-00183, Consejero ponente doctor Mauricio Torres Cuervo), reiterado en auto de 16 de octubre de 2012 (Expediente núm. 2012-00690, Consejero ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez), expresó:

² Expediente núm. 2001-00374 (7610). Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Actora: PRODUCTOS FAMILIA S.A.

³ **ARTÍCULO 203. INTERROGATORIO A INSTANCIA DE PARTE.** <Artículo modificado por el Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Numeral 96 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso...

“... De manera que las formalidades que exige el artículo 219 del C. de P.C. para la solicitud de testimonios en este caso no pueden llevarse al extremo y desestimar los medios probatorios que invoca la parte interesada, porque en este acápite no precisó el objeto de aquéllos. **Por el contrario, como ocurre en el asunto en estudio, si del escrito de la demanda -que no se puede escindir- se infieren los temas objeto de la prueba, nada impide que ésta se decrete.** Por tanto, resulta jurídicamente viable decretarlos por este aspecto, con la advertencia de que al momento de recibir las declaraciones, en garantía del debido proceso, el contenido de las preguntas se limitará al contexto de los hechos que según la demanda le consta a cada uno de los testigos...”. (Negritas y subrayas fuera de texto).

Ahora, frente a los testimonios de los señores “*JERÔME BUSCAIL, PIERRE-HUMBERT CUIJPERS, HENRI BRUXELLES, JUANJO SÁEZ TORRES , MARCELO PALMEIRO, ARMANDO REYES, GERMÁN TÉLLEZ DÍAZ, HERNÁN MÉNDEZ, HUGO GOGGEL, HANS MUNGER, RUDI KLING, HERNANDO LOBOGUERRERO, FRANCISCO LOZANO VALCHAE, BEATRIZ CORTÁZAR MORA, OLGA LUCIA VILLEGAS, JANETH CONSUEGRA, IVÁN LÓPEZ ARANGO, OSCAR ENRIQUE CORREA GIRALDO, JUAN B. SANTAELLA ZAMORA, UELL ANDREAS BARUFFOL Y JURG SCHIESS*”, el Magistrado Conductor del proceso denegó su práctica en consideración a que dichas personas “*son subordinadas y dependientes de la actora*”, y por cuanto no se indicaron los fundamentos para llevarlas a cabo.

Observa la Sala que la solicitud de dichas pruebas testimoniales dio cumplimiento a los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, pues, por un lado, la actora fue clara en mencionar que el objeto de su declaración se dirigía a que los enunciados testigos se manifestaran “*sobre los hechos del proceso*”; y, por el otro, de conformidad con las normas transcritas al inicio de estas consideraciones, no se encontró que la Ley haya establecido alguna limitante frente a la subordinación o dependencia que puedan tener los llamados a declarar con alguno de los sujetos del proceso. Cosa distinta es la valoración que el Juez haga al momento de tomar una decisión.

Sobre el particular, esta Sección, se ha manifestado de la siguiente manera:

“Sobre el testimonio la jurisprudencia ha señalado que:

«Como es bien sabido, la atendibilidad de la prueba testimonial depende en buena medida de que las declaraciones rendidas sean responsivas, condición que ha de entenderse satisfecha cuando ...las respectivas contestaciones se relacionen concienzudamente ..., relato que por lo tanto debe incluir ... la expresión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, y la explicación concerniente al lugar, modo y tiempo como el testigo tuvo conocimiento del mismo, toda vez que solamente así, explicando cómo de qué manera tuvo el declarante conocimiento del hecho acerca del cual testifica, podrá el juzgador apreciar la veracidad con que el testimonio se produce y si realmente dicho declarante tiene o no el conocimiento que se atribuye, **resultado al que no es fácil arribar pues supone comprobar, ante esa información así suministrada, si el testigo declaró sobre hechos que pudieron caer bajo la acción de sus sentidos, si apoya o no su dicho en observaciones personales suyas, si la declaración resulta verosímil por no contrariar los dictados del sentido común ni las leyes elementales de la naturaleza** y, en fin, si esa misma declaración, además de original y persistente, es consonante con el resto del material probatorio obrante en el proceso. ..., **preciso es no olvidar que las declaraciones efectuadas, sea para acogerlas o para desecharlas han de tomarse en su integridad....»**^[1]
(resalta la Sala)

«La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un matiz más denso que aquel por el que deben pasar personas libres de sospecha»^[2].

«**El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se haya contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones no son verídicas y por consiguiente, por sí solos, jamás pueden producir certeza en el juez.**

Lo cual autoriza a decir que **lo más aconsejable es que el testimonio sospechoso deba analizarse de cara a los demás medios de convicción**, para así establecer si éstos, ofreciéndole respaldo, hacen evanescente la incredibilidad». (Subraya la Sala)

*Lo que se pretende con la prueba testimonial es el relato de los hechos percibidos, es decir de las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de la ocurrencia de los mismos, **sin que exista restricción alguna para su decreto por razones del grado de dependencia que pueda tener el declarante con quien solicita la prueba.***

Asunto distinto es que al momento de la valoración el Juez deberá tener en cuenta si dicho vínculo de dependencia incide o no en la credibilidad del testigo.

Ello significa que de todas formas la prueba debe decretarse, siempre y cuando resulte pertinente y conducente.

***Como quiera que en este caso el testimonio guarda relación con los hechos materia de controversia del proceso y es un medio idóneo previsto en la ley para la prueba de los sucesos a que se refiere la demanda y la contestación, debió decretarse y, por ello, la Sala revocará el proveído recurrido...**⁴ (Negrillas y Subraya fuera del texto original)*

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que conforme a la Jurisprudencia de la Sala Plena transcrita en líneas precedentes, del escrito de la demanda se pueden inferir los temas objeto de la prueba, lo que corrobora y reafirma la procedencia de su decreto.

No obstante, se resalta, que en virtud del considerable número de testigos, de conformidad con el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, el Juzgador, luego de que haya recepcionado algunos puede limitar los restantes, si los considera suficientes, sin perjuicio de que, con posterioridad, sean decretados los testimonios faltantes, en caso de ser necesario.

Ahora, en cuanto a las pruebas solicitadas por la tercera interesada en las resultas del proceso, se vislumbra que el testimonio del señor Juan Pablo Fernández González, Vicepresidente Corporativo de Mercadeo de **ALPINA PRODUCTOS**

⁴ Consejo de estado, Sección Primera. Auto de 28 de abril de 2011. Magistrada Ponente María Elizabeth García González. Expediente 2007-00270. Actor: SOCIETE DES PRODUITS NESTLE S.A. Tercera interesada: PRODUCTOS ALIMENTICIOS ALPINA S.A.

ALIMENTICIOS S.A., se rechazó por improcedente, por considerar que *“dicha persona no es un tercero testigo de unos hechos, sino de una persona subordinada y dependiente de la empresa solicitante”*.

Al respecto, la Sala se atiene a los mismos argumentos expuestos en párrafos precedentes, pues como ya se dijo, la subordinación o dependencia no es una limitante para atestiguar.

Igualmente, se observa que se rechazó el testimonio del representante legal de la sociedad **DANONE ALQUERÍA S.A.**, solicitado por la sociedad **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, en consideración de que dicha persona *“representa los intereses de la parte demandante en el proceso y no un tercero ajeno a ellos. Además, porque los fines del testimonio solicitado, constituyen la materia que debe dirimir esta Corporación”*.

Considera la Sala que la mentada Sociedad es diferente de la demandante y en su condición de tercero no tiene limitación alguna para declarar, además de que, evidentemente, el objetivo de su declaración, no es otro que el de deponer sobre los hechos materia de discusión.

En lo que respecta a la inspección judicial solicitada por la tercera interesada la Sala considera que estuvo bien denegada, ya que con los documentos que fueron allegados al expediente en cumplimiento del auto admisorio de la demanda, se puede demostrar de manera fehaciente el objeto de lo solicitado en dicha prueba, esto es, la notoriedad de la marca **ALPINA**, su expansión y conocimiento entre el público consumidor, así como la difusión de su enseña y nombre comercial, por lo tanto, en principio, resultaría innecesaria, tal y como se explicó en el auto recurrido.

Lo anterior no obsta para que de manera oficiosa, previamente a dictar sentencia y con fundamento en el artículo 169 del C.C.A., se pueda hacer uso de dicha facultad y proceder a su decreto.

Por último, es preciso recordar que en casos similares al ahora estudiado, esta Sala se pronunció en idéntico sentido a lo expuesto en líneas anteriores, particularmente, en los proveídos de 28 de abril de 2011 y 1º de noviembre de 2012, proferidos dentro de las acciones de nulidad y restablecimiento radicadas bajo los núms. 2007-00270⁵ y 2007-00321⁶, respectivamente.

De conformidad con lo precedente, se impone para la Sala revocar el proveído suplicado, en cuanto a la denegación del interrogatorio de parte y los testimonios solicitados por las sociedades **COMPAGNIE GERVAIS DANONE** y **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.**, actora y tercera interesada, respectivamente, para en su lugar, disponer que el Consejero conductor del proceso provea sobre la recepción de los mismos.

Así mismo, se confirmará la providencia suplicada en lo que respecta a la negativa de la práctica de la diligencia de inspección judicial solicitada por la tercera interesada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

⁵ Actora: SOCIETE DES PRODUITS NESTLE S.A. Tercera interesada: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. Magistrada Ponente María Elizabeth García González.

⁶ Actora: COMPAGNIE GERVAIS DANONE. Tercera interesada: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. Magistrada Ponente María Elizabeth García González.

RESUELVE:

PRIMERO: REVÓCASE el auto suplicado únicamente en cuanto a la denegación del decreto del interrogatorio de parte y los testimonios solicitados por la actora y la tercera interesada en las resultas del proceso y, en su lugar, se dispone que el Consejero conductor del proceso, provea sobre la recepción de los mismos.

SEGUNDO: CONFÍRMASE el auto suplicado, en lo demás.

TERCERO: En firme esta decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en la sesión celebrada el 28 de julio de 2016.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA