



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Despacho del Superintendente de Industria y Comercio

SENTENCIA NÚMERO 006

Bogotá D. C., veintidós (22) de octubre del año dos mil ocho (2008)

Radicación No. 03102960
RAFAEL OSPINA BOTACHE
Vs. RAOS LTDA

“Por la cual se decide un proceso de competencia desleal”

Habiéndose agotado las diferentes instancias procesales y no presentándose nulidades que impidan proferir un fallo, decide este Despacho la demanda por competencia desleal que el señor RAFAEL OSPINA BOTACHE, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio RICAS ACHIRAS DEL HUILA, formuló contra de la sociedad RAOS LTDA, por la presunta comisión de los actos de competencia desleal descritos en la Ley 256 de 1996, en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES

El señor RAFAEL OSPINA BOTACHE, argumentando ser propietario del establecimiento de comercio RICAS ACHIRAS DEL HUILA, promovió acción de competencia desleal en contra de la sociedad RAOS LTDA, por la presunta comisión de las conductas de competencia desleal descritas en los artículos 10, 12, 13, 15 y 16 de la Ley 256 de 1996, alusivos a actos de confusión, descrédito, comparación, explotación de la reputación ajena y violación de secretos.

1.1. Hechos que fundamentan la demanda:

En respaldo fáctico de su libelo, la parte demandante adujo lo siguiente:

- Que el 15 de enero de 2003 vinculó a su establecimiento de comercio, mediante contrato individual de trabajo a término fijo e inferior a un año, a los señores FERNANDO OSPINA PULECIO y YANIRA OSPINA PULECIO en el área de producción y fabricación de Achiras. Tal convenio, según decir del demandante, contenían una cláusula de reserva de secretos industriales que buscaba proteger el proceso de fabricación de Achiras, a partir de una fórmula mejorada con la cual el accionante comercializa su producto hace más de 12 años, “*motivo por el cual a modo de secreto de propiedad industrial*”, nadie que pertenezca a esa área se ha podido vincular sin la firma del mencionado contrato (fl. 1).
- Indicó que los demandados, una vez brindada la suficiente confianza por parte del demandante, procedieron a copiar la fórmula y a reproducirla a favor de ellos, por lo que pasados unos meses y habiendo averiguado los nombres de los clientes de la actor, renunciaron a sus cargos.
- Dijo que con posterioridad a la usurpación del secreto industrial, reprodujeron el producto alimenticio “Achira” con la fórmula mejorada de propiedad del demandante y constituyeron una sociedad denominada RAOS LTDA, cuyo objeto social se encamina a la fabricación, producción y distribución, importación y exportación, venta al por mayor y al detal, de toda clase de productos alimenticios.
- Que una vez conformada la anterior sociedad, dicha persona jurídica procedió a reproducir con la aludida fórmula mejorada las Achiras que, según reafirmó, superan otros productos similares y es conocida como “biscocho de achira” gracias a su suave textura crocante, materias primas sin colorantes, ni aditivos, ni grasas saturadas y por

SENTENCIA NUMERO 006 DE 2008 Hoja N°. 2

ser de fácil conservación al no adquirir olores ni sabores de envejecimiento o enrarecimiento u otros factores negativos que lo hacen competitivo con productos de su mismo género.

- Así mismo, sostuvo que no bastando con el desconocimiento del secreto industrial, la pasiva visitó los establecimientos de comercio que son clientes del aquí accionante, ofreciendo el producto alimenticio y afirmando que se trataba de la misma Achira fabricada por el señor Rafael Ospina Botache, además de señalar que su calidad era idéntica.
- Sostuvo que envió a los demandados una comunicación datada 17 de octubre de 2003, informándoles los derechos del accionante e invitándolos a suspender de manera amigable sus comportamientos desleales. No obstante, hicieron caso omiso de ella y continuaron comercializando el producto a que se refiere la demanda, utilizando, en adición, la fórmula del señor Ospina, motivo por el cual considera que ha ocurrido una violación intencional del secreto industrial que los integrantes de la sociedad demandada se habían comprometido no divulgar cuando firmaron el respectivo contrato de vinculación laboral, amén de la comisión de un enriquecimiento ilícito, entorpecimiento de la distribución del producto y abuso de la buena fe del demandante.
- Por último, apuntó que ante esta Superintendencia radicó una solicitud de patente de invención denominada "PRODUCTO ALIMENTICIO PARA BIZCOCHERIA ACHIRA", bajo el expediente 03-91745, que se encontraba en trámite al momento de la formulación del libelo.

1.2. Las pretensiones:

Con base en las consideraciones narradas en la demanda, el señor RAFAEL OSPINA BOTACHE solicitó a este juzgador, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, pronunciarse favorablemente frente a las siguientes pretensiones:

- Se condene a la sociedad RAOS LIMITADA, a remover los efectos producidos e indemnizar los perjuicios ocasionados por la usurpación ilegal y no autorizada por parte de la misma.
- Se ordene a la pasiva abstenerse de ejecutar comportamientos típicos de entorpecimiento de la distribución de bienes y servicios de un competidor, competencia desleal y los demás que están expuestos en el libelo conforme a lo descrito por la ley de competencia.
- Se declare que la sociedad RAOS LIMITADA ha usurpado el secreto industrial "BISCOCHO DE ACHIRA", de propiedad del señor RAFAEL OSPINA BOTACHE.
- Se condene en costas a la sociedad demandada.

1.3. Admisión de la demanda:

Mediante Resolución N° 1739 de 30 de enero de 2004, esta Superintendencia admitió a trámite el respectivo proceso por competencia desleal contra RAOS LTDA.(fl. 24), quien se notificó personalmente de su contenido, a través de su representante legal.

1.4. Contestaciones de la demanda:

En oportunidad, la sociedad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, sustentando su defensa en los siguientes argumentos:

- Que prestaron servicios al demandante desde el año 2001 y sólo suscribieron

SENTENCIA NUMERO 006 DE 2008 Hoja N°. 3

contratos al momento de su retiro de la empresa *“cuando los coaccionó a que firmaran so pena de no pagarles las prestaciones sociales de ley”* (fl. 26).

- Que no existe ningún secreto industrial para la fabricación de Achiras y, además, que Fernando y Yanira Ospina Pulecio no suscribieron acuerdo alguno, ni se comprometieron a guardar reserva de secreto industrial.
- Acotó que pese a que existe una relación familiar entre Fernando y Yanira Ospina – socios de la demandada- y el accionante, pues éste es tío de los primeros, el retiro de la empresa del señor Ospina Botache se produjo por la *“explotación económica a la que éste los tenía sometido”*(fl. 26) y la insuficiente retribución por sus labores.
- Que si bien constituyeron la sociedad aquí demandada, lo hicieron en ejercicio de la libertad de trabajo, sin usurpar ningún de derecho ni asaltar la buena fe de nadie.
- Y aunque la actividad comercial se dirige a la fabricación y comercialización de varios productos alimenticios, que incluyen Achiras, no es la única persona jurídica dedicada a tal objeto social en Colombia.
- Agregó que como ente social ha tenido que soportar la persecución del demandante, quien a través de diversas presiones ha tratado de sacar del mercado los productos producidos por la pasiva, cuya distribución a los vendedores y diferentes establecimientos de comercio ha ocurrido sin mediar engaño respecto del origen empresarial de las Achiras.

1.5. Audiencia de conciliación y decreto de pruebas del proceso:

Vencido el término para contestar la demanda, dando cumplimiento a la Ley 640 de 2001, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación, efectivamente celebrada el 23 de abril de 2004 sin que llegaran a un acuerdo (fl. 42, cdno. 1). Acto seguido, a través de auto No. 01779 de 20 de mayo de 2004 se decretaron las pruebas del proceso.

1.6. Alegatos de conclusión:

Practicadas las pruebas ordenadas, esta Superintendencia corrió traslado a las partes del proceso para alegar, mediante auto No. 4264 de 31 de agosto de 2006, por el término señalado en el procedimiento abreviado del C.P.C. aplicable por remisión del artículo 49 de la Ley 962 de 2005, modificadorio del artículo 144 de la Ley 446 de 1998.

Dentro del término del traslado, los extremos en litigio guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

2.1. Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio:

Con arreglo a lo previsto en los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998, esta Superintendencia es competente para conocer a prevención y resolver de fondo las controversias jurisdiccionales en materia de competencia desleal que ante ella se planteen, como lo es la disputa sometida a juicio y decisión en el proceso de la referencia.

2.2. Legitimación:

SENTENCIA NUMERO 006 DE 2008 Hoja N°. 4

En primer lugar, resulta necesario determinar si las partes que concurren al presente proceso se encuentran legitimadas por activa y por pasiva, pues de llegarse a una respuesta negativa frente a cualquiera de los extremos procesales, el análisis de las conductas demandadas sería innecesario, toda vez que las pretensiones del actor deberían declararse infundadas.

2.2.1. Legitimación activa:

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

Este tipo de legitimación, entendida como la aptitud del señor RAFAEL OSPINA BOTACHE de promover este litigio, debe analizarse desde el punto de vista de la contradicción de la prueba, pues aun cuando el demandante no acreditó la titularidad del establecimiento de comercio a través del cual produce y comercializa Achiras, lo cierto es que su contraparte, esto es, la sociedad RAOS LTDA., no sólo se abstuvo de controvertir la calidad aducida por el accionante, sino que al replicar la demanda expresamente manifestó que alguno de sus socios estuvieron vinculados laboralmente en la empresa del señor Ospina Botache, cuya actividad mercantil tampoco fue objeto de reparo. (ver contestación libelo fls. 26 a 30)

Así entonces, como quiera que la participación del demandante en el mercado no fue censurada, se tiene como cierta y, por consiguiente, satisfecho el presupuesto de la legitimación activa del señor Ospina Botache para reclamar el cumplimiento de las normas de leal competencia frente a los actos que se cuestionan.

2.2.2. Legitimación pasiva:

El artículo 22 la Ley 256 de 1996, dispone que *“las acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal”* y que *“[s]i el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley, deberán dirigirse contra el patrono.”*

En el presente caso, la acción se dirige en contra de la sociedad RAOS LTDA de la cual son socios los señores FERNANDO OSPINA PULECIO y YANIRA OSPINA PULECIO, y cuyo objeto principal se concreta a la producción, fabricación, distribución, importación, exportación y venta al por mayor y al detal de productos alimenticios, entre ellos las Achiras, tal y como se admitió al contestar la demanda, de modo que es evidente que la pasiva se encuentra legitimada para soportar las consecuencias del fallo y para que se le exija el acatamiento a las normas de competencia desleal dada su participación en el mercado a través de la comercialización del producto referido.

2.2.3. Supuestos generales de la Ley 256 de 1996:

Para que una conducta pueda ser considerada desleal a la luz de los artículos 7 a 19 de la Ley 256 de 1996, es necesario comprobar que la situación que se examina se haya desarrollado o produzca sus efectos en determinado ámbito objetivo, subjetivo y territorial.

2.2.3.1. Ámbito objetivo de aplicación:

SENTENCIA NUMERO 006 DE 2008 Hoja N°. 5

El artículo 2 de la Ley 256 de 1996 dispone que "*Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero*".

En el asunto que ocupa al Despacho, la interposición de la acción de competencia desleal tiene como fundamento la supuesta apropiación, por parte de los señores FERNANDO OSPINA PULECIO y YANIRA OSPINA PULECIO, del secreto industrial de fabricación de las Achiras que produce el señor RAFAEL OSPINA BOTACHE, valiéndose de su condición de empleados del mismo en el área de elaboración y fabricación para, con posterioridad, asociarse con la finalidad de producirlas y comercializarlas a través de la sociedad RAOS LTDA.

Los actos antes citados, por su naturaleza comercial se revelan como conductas objetivamente idóneas para mantener o incrementar la participación en el mercado de la parte accionada. Por tal razón, no habiéndose probado la ausencia de finalidad concurrencial de tales actos, se mantiene la presunción que establece la norma, y se tiene por cumplido el presupuesto al que se refiere este acápite.

2.2.3.2. Ámbito subjetivo de aplicación:

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 256 de 1996, "*Esta ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal*".

De conformidad con los hechos señalados en la demanda, se tiene que el accionante se dedica a la elaboración y producción de Achiras –circunstancia que según se dijo no fue controvertida por la pasiva-, amén de que las declaraciones rendidas a lo largo de la actuación dan cuenta de la actividad del señor Ospina Botache, que coincidente en el caso de la producción de Achiras, con el giro mercantil de los negocios de la sociedad RAOS LTDA, quien también ofrece al público productos alimenticios de esta índole. En consecuencia, el requisito exigido en el artículo 3º de la Ley 256 de 1996 se cumple a cabalidad.

2.2.3.3. Ámbito territorial de aplicación:

Por disposición expresa de la Ley de Competencia Desleal en su artículo 4º, la aplicación de dicha normatividad se sujeta a "*... los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano*". Así las cosas, en armonía con la narración de las circunstancias fácticas de la demanda, los hechos que originaron la acción del demandante tuvieron ocurrencia en el mercado Colombiano, siendo éste el territorio en el cual se han generado sus efectos principales, de modo que no existe reparto entorno al ámbito territorial comentado.

3. Consideraciones generales:

La Ley 256 de 1996 es una disposición de aplicación general al mercado, la cual busca que quienes en él participan, sean o no comerciantes, se abstengan de emplear en sus actos competitivos medios o mecanismos que puedan ser calificados como desleales.

SENTENCIA NUMERO 006 DE 2008 Hoja N°. 6

En este orden de ideas, el bien jurídico y el valor supremo que tutela la Ley 256 de 1996 es la lealtad empleada en los medios para competir y lograr la clientela, así, la noción y fundamento de ésta se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 7° de la propia regulación y se desarrollada a lo largo de dicha normatividad:

"Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial".

Ahora bien, las herramientas competitivas lícitas y leales, a no dudarlo, encuentran su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado de respetar en sus actuaciones la buena fe comercial, de modo que la configuración de un comportamiento desleal se produce cuando uno de ellos –comerciante o no- ejecuta actos alejados de las sanas prácticas y, por tanto, atentatorios del libre juego del mercado. Esta interpretación, acorde con el contenido ético que envuelve el concepto de lealtad, permite concluir, como lo hizo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del año de 1958¹, reiterada por la misma Corporación en agosto de 2001², que actuar lealmente, es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes se comportan honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

4. Análisis de lealtad de la conducta de la sociedad RAOS LTDA.:

Estando acreditados los supuestos sobre legitimidad en la causa por activa y pasiva, y encontrándose establecido que los hechos objeto del proceso reúnen las condiciones generales para ser considerados como actos de competencia, corresponde analizar si los mismos son calificables como desleales y, en consecuencia, si son susceptibles de ser reprimidos por la ley 256 de 1996.

4.1. Actos de violación de secretos:

En los términos de artículo 16 de la ley 256 de 1996 y los artículos 260 y 262 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, para que se configuren los supuestos previstos por las normas sobre violación de secretos, es pertinente la concurrencia de los siguientes elementos:

1. La existencia de un secreto industrial o de cualquier otra clase de secreto empresarial.
2. Que dicho secreto haya sido divulgado o explotado por un tercero que accedió a éste legítimamente pero con deber de reserva, o que accedió a éste ilegítimamente a consecuencia de la adquisición del secreto por medio de espionaje, procedimientos análogos, o como consecuencia de la violación de normas jurídicas; y
3. Que la divulgación o explotación del secreto se haya realizado sin autorización de su titular.

En relación con la existencia de un secreto industrial o empresarial, deben darse las siguientes condiciones:

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Doctor Arturo Valencia Zea. Bogotá, 23 de junio de 1.958.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Magistrado Ponente: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001. Ref: Expediente No. 6146.

SENTENCIA NUMERO 006 DE 2008 Hoja N°. 7

1. Verificarse la existencia de un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, hechos, actividades y cuestiones similares;
2. Que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros;
3. Que dicho secreto recaiga sobre procedimientos o experiencias industriales o comerciales, o esté relacionado con la actividad de la empresa o su parte organizativa;
4. Que los titulares del secreto tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello³; y,
5. Que la información tenga *"un valor comercial, efectivo o potencial, en el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permita una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen"*⁴.

Con fundamento en los anteriores presupuestos, al efectuar la confrontación con los hechos del proceso se advierte que ninguna de las exigencias anteriores –referidas a la existencia de un secreto industrial o empresarial, el deber de reserva por parte de un tercero y la violación de éste- fueron acreditadas al interior de la actuación, no sólo porque el demandante se abstuvo de demostrar el secreto cuya violación pudiese originar el éxito del petitum, sino porque, además, tampoco probó que los señores FERNANDO OSPINA PULECIO y YANIRA OSPINA PULECIO, socios de la demandada, tuvieran un deber de guarda relacionado con una fórmula especial para producir "Achiras".

En efecto, desde ya advierte este Juzgador que el señor Rafael OSPINA BOTACHE durante el curso de proceso incumplió sistemáticamente el deber que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, referente a la necesaria demostración de los hechos que soportan sus alegaciones, pues aun cuando a través de su representante legal la demandada manifestó que dos de sus socios estuvieron vinculados al demandante en la fabricación y comercialización de sus productos, tal evento no supone la existencia de un secreto del tipo industrial y mucho menos el deber de reserva al que se alude en la demanda.

Partiendo de la existencia de un establecimiento comercial de propiedad del accionante (denominado según dijo RICAS ACHIRAS DEL HUILA), que surge de la aceptación de los propios demandados de la calidad aludida por el actor, es pertinente precisar que la carencia probatoria alrededor de las circunstancias aludidas en el libelo impiden estimar que el conocimiento que los señores FERNANDO OSPINA PULECIO y YANIRA OSPINA PULECIO pudieran haber logrado cuando prestaron sus servicios al demandante sea catalogado como secreto industrial y, más aún es inviable colegir, dada la ausencia absoluta de prueba, que la posterior constitución de la sociedad demandada tuviera un fin desleal.

Con relación a la existencia de un método o fórmula específica de producción y fabricación de las Achiras que pudiese catalogarse como secreto industrial, concebido como *"un estado de hecho o situación fáctica, consistente en que una persona (o personas) tiene un determinado conocimiento sobre la existencia o caracteres de cosas, procedimientos, hechos, etc., y desea conservar en exclusiva ese conocimiento frente a otras personas"*⁵, o cualquier otro secreto empresarial, definido como *"todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos"*⁶ es importante tener en cuenta que milita en el expediente suficiente respaldo para desestimar las afirmaciones de la demanda. En efecto, el concepto técnico

³ GALÁN CORONA, Eduardo. Supuestos de Competencia Desleal por Violación de Secretos. En: La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991. Madrid 1992. Página 93-94.

⁴ ESCUDERO, Sergio. La Protección de la Información no Divulgada. En: Los Retos de la Propiedad Industrial en el siglo XXI. Página 321.

⁵ Gómez Salgado, José Antonio, El Secreto Industrial (Know – How), Buenos Aires, 1975, Copiado de Gómez Leyva, Delio, De las Restricciones, del Abuso y de la Deslealtad de la Competencia Económica, Bogotá, 1998, página 392.

⁶ Ibídem, página 393.

SENTENCIA NUMERO 006 DE 2008 Hoja N°. 8

rendido por la Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Ciencia y Tecnología de Alimento, resulta elocuente al sostener:

“Las achiras son un alimento autóctono de propiedad de la cultura gastronómica colombiana; del cual no se dispone por lo tanto una formulación única o técnica secreta en las diferentes regiones del país; tampoco de una técnica colombiana que rija su elaboración; pues éste alimento ha sido mejorado con el tiempo por nuestros antepasados; que hicieron posible a través de los años que aún hoy podemos disfrutar de tan exquisito bocado y susceptible de mejorar, elaborado técnicamente por diferentes empresas en el país, entre las cuales se encuentran RICAS ACHIRAS DEL HUILA SARGOS y RAOS LÑTDA.

“La formulación y el proceso de elaboración de las achiras de las dos empresas son los mismos que se siguen en la producción de dicho alimento en las unidades artesanales en los departamentos del Huila y Tolima (...) las dos empresas, RICAS ACHIRAS DEL HUILA SARGOS y RAOS LTDA., manejan cantidades diferentes de materias primas en la elaboración de las achiras, lo cual permite ofrecer productos de distintas características sensoriales siendo notoria la diferencia en el sabor, el olor, la textura y la apariencia (...) que el mercado de las achiras responderá a los diferentes gustos de los consumidores” (fls. 93 y 94; se subraya).

Ello implica que la prueba pericial parcialmente trascrita, además de no haber sido objetada por ninguno de los extremos del proceso, es clara al conceptuar que las partes fabrican Achiras a través de métodos convencionales –usados incluso por otras apersonas- que no tiene la categoría de secreto, encontrándose diferencia entre los productos debido a la cantidad que de los mismos emite cada una.

Dicho en otro giro, el proceso de fabricación del producto aludido llevado a cabo por las partes no puede concebirse como secreto, tanto más si el especialista que rindió experticio en el proceso acotó la inexistencia de una formulación que pudiese beneficiarse de reserva alguna, posición ratificada con la prueba testimonial que obra en el expediente.

Es así como tampoco puede deducirse una fórmula especial y particular del demandante de las declaraciones rendidas, tal y como lo afirmó la señora Pilar Ochoa de Calderón al ser indagada acerca del conocimiento de algún tipo de diferencia entre la receta del demandante y la demandada *“no hay ninguna diferencia”* (fl. 58), declaración que coincide con lo informado por el señor Víctor Julio Martínez Guerrero: *“yo he dialogado con Rafael y las achiras son normales igual que las del Huila o las que venden por aquí”* (fl. 65).

Por otra parte, llama la atención del Despacho el hecho de que frente a un secreto empresarial, generalmente considerado como uno de los activos intangibles mas importantes de una compañía, se haya argumentado para su justificación la existencia de una solicitud de patente de modelo de utilidad ante esta Superintendencia, trámite éste que además de no guardar ninguna relación con el del secreto, desvirtúa la existencia del mismo, en tanto el registro de un modelo de utilidad supone la publicidad del mismo y un secreto todo lo contrario. Por tanto, la explicación de la existencia de un secreto que cobija la aludida formula mejorada de achiras del demandante, con fundamento en una patente de invención, resulta un contrasentido.

Por consiguiente, la premisa de la que parten las pretensiones del actor, esto es, la existencia de un secreto industrial, no fue acreditada y, por lo mismo, tampoco es dable colegir que los señores FERNANDO OSPINA PULECIO y YANIRA OSPINA PULECIO decidieron vincularse con el señor RAFAEL OSPINA BOTACHE para obtener todas las fórmulas que se les habían confiado en razón de su trabajo.

Incluso, revisado el acervo probatorio se advierte que ninguno de los contratos a través de los cuales se adujo haber vinculado a los socios de la demandada laboralmente y haberlos comprometido a no revelar la denominada fórmula mejorada de Achiras, fue aportado por el demandante, quien se limitó a argumentar que quienes constituyeron a RAOS LTDA. (ver certificado de existencia y representación legal; fl. 16) estuvieron laborando al servicio de su establecimiento, de donde deviene el incumplimiento del precepto 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual: *“incumbe a las parte probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

4.2. Actos de confusión, descrédito, explotación de la reputación ajena y de comparación:

Para configurar la deslealtad de la práctica contemplada en el artículo 10°, es suficiente determinar si existe riesgo de confusión entre los consumidores del producto respecto a la procedencia del mismo, el establecimiento o la prestación ofrecida, eventos que no se demostraron en la actuación por la misma razón expresada en párrafos precedentes, relativa a la inobservancia del deber probatorio por parte del demandante, quien lejos de respaldar sus afirmaciones demostrando la difusión de aseveraciones incorrectas o falsas respecto de las Achiras ofrecidas por la pasiva y la consecuente exposición del consumidor a no distinguir entre ambos productos, únicamente realizó en el libelo manifestaciones que al cabo del proceso no tuvieron respaldo alguno.

Ahora bien, aunque el comportamiento del actor es suficiente para descartar la confusión aludida, obra en el expediente el testimonio de Reina del Carmen Guerrero Bejarano, quien al ser indagada acerca del origen de las Achiras que vende en su establecimiento manifestó: *“yo estoy acá por el señor Luís Ramírez de industrias RAOS, porque el me ha vendido Achiras en el establecimiento donde trabajo. Fue don Luís Ramírez (representante legal de la demandada) a ofrecerme el producto hace aproximadamente un año, estando yo vendiendo el producto dentro del establecimiento llegó otro señor a decirme le traigo achiras, yo me detuve me quedé mirándolo y le dije a mi me trae achiras otro señor y me dijo no soy yo, y lo le dije lo desconozco porque a mi me trae achiras otro señor”*.

Así las cosas, es palmario que respecto de la elección del proveedor de Achiras, el testigo demostró su preferencia sin manifestar en aparte alguno de su declaración confusión respecto del origen del producto (ver fls. 60 y ss). De otro lado, en el proceso no se advierten elementos de juicio suficientes para evidenciar que el consumidor hubiera creído equivocadamente que las prestaciones que se le ofrecían provenían del demandante, o que su parecido o semejanza hubieran hecho creer que ambas partes operaban como un solo empresario.

Idéntica suerte sufren los argumentos relativos a la ejecución de actos de descrédito y de explotación de la reputación ajena por parte de la sociedad demandada (artículos 12 y 15 ley 256/96), en tanto total precariedad probatoria se advierte en este particular, al punto que ni siquiera obra una declaración, documento o cualquier otra prueba que respalde tales alegaciones, de modo que la labor del Despacho debe limitarse a reiterar que, una vez más, el actor no acató el contenido del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, no es viable declarar probadas estas conductas.

De esta manera, debe tenerse presente que no basta aludir que la ley de competencia desleal censura el aprovechamiento en beneficio propio, de la reputación que otra persona se ha esforzado en generar para sí, amén de que se presuma por el empleo de signos distintivos de

SENTENCIA NUMERO 006 DE 2008 Hoja N°. 10

terceros, puesto que es necesario aportar al litigio la acreditación de los supuestos de hecho que permitan al juzgador inferir el efecto jurídico perseguido.

De hecho, el accionante únicamente afirmó que la demandada visitó a clientes donde se distribuía el producto, ofreciendo las achiras y anunciando que se trataba de la misma fábrica, sin embargo, no se pudo probar que la RAOS LTDA. haya reproducido la imagen del demandante o se hubiere aprovechado de su bien nombre, por el contrario, la testigo Carmen Guerrero Bejarano respondió a la pregunta: “*¿indique al despacho si conoce al señor RAFAEL OSPINA BOTACHE y en caso afirmativo en virtud de que circunstancia y desde cuánto hace? RESPUESTA: Si lo conozco, el estuvo en dos ocasiones en mi establecimiento a hacerme reclamo por estar vendiendo el producto achiras, y a decirme que Luis Ramírez, - Gerente de RAOS LTDA - había trabajado con él y él al haberse retirado de allá se había puesto a trabajar a nombre de Rafael Ospina en todos los establecimientos a los que él le atendía. Yo le respondí que no sabía cómo érale problema entre ellos y le dije que todo mundo tenía derecho a trabajar, ahí fue todo y nunca mas volvió, eso hace como un año.*”.

Entonces, el señor RAFAEL OSPINA BOTACHE se abstuvo de probar la incursión de los actos referidos omitiendo una carga probatoria que no puede derivarse de la constancia de radicación de una solicitud de patente de modelo de utilidad, téngase en cuenta que la acreditación de una reputación propia debe emanar de bases sólidas, verbigracia, de estudios de los que se pueda apreciar con claridad la identificación que tiene el consumidor respecto a la persona o su industria, o el nivel de recordación que entre el público tiene el bien o servicio que produce, y el nivel de aceptación o de demanda de los mismos.

Como corolario, si la reputación no se demostró, mucho menos la realización de actos de descrédito, en tanto las afirmaciones del señor Rafael Ospina Botache respecto de las visitas de los socios de la demandada a los diferentes establecimientos de sus clientes, no pueden constituir aseveraciones susceptibles de desacreditar la actividad del accionante, ni sus prestaciones mercantiles o establecimiento.

Finalmente, en cuanto hace a los actos de comparación, si bien el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal enseña que “*sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 13 de esta ley, se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables*”, cabe las mismas precisiones que anteceden, en tanto no se advierten los presupuestos establecidos en la norma citada ya que ni siquiera se demostró que la sociedad demandada hubiera llevado a cabo una comparación pública de los productos ofrecidos por el accionante y mucho menos que haya emitido afirmaciones incorrectas o falsas.

Por consiguiente, habrán de denegarse las pretensiones del escrito genitor, por las razones que anteceden.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

SENTENCIA NUMERO 006 DE 2008 Hoja N°. 11

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la parte demandante, en armonía con la argumentación expuesta en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas del proceso a la parte demandante. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio,

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Sentencia para el cuaderno único

Parte accionante:

Persona Natural: RAFAEL OSPINA BOTACHE.
C.C.: 19.345.187 de Bogotá
Apoderado: HERBERT YOBANI RINCON CRISTANCHO
Cédula de Ciudadanía: 76'661.863 de Bogotá
Dirección: Carrera 7ª No. 17-07, Of. 748
Ciudad: Bogotá D. C.

Parte accionada:

Nombre: RAOS LTDA
NIT: 830125425-5
Apoderada: AMALIA VELOZA ARBELAEZ
Cédula de Ciudadanía: 41'712.829 de Bogotá
Dirección: Carrera 10ª No. 27.27, Of. 706 A
Ciudad: Bogotá D. C.