



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Despacho del Superintendente de Industria y Comercio

Bogotá D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil seis (2006)

SENTENCIA NÚMERO 0012 DE 2006

Expediente No. 03060795

Abreviado por competencia desleal

Demandante: Óptica Alemana E y H Schmidt S.A., Óptica Alemana Schmidt Hijos Ltda. y Óptica Alemana Unicentro Ltda.

Demandado: Jerónimo Ezequiel Miranda Mestra

Agotados los trámites propios de la instancia, procede la Superintendencia de Industria y Comercio a decidir la demanda por competencia desleal de la referencia.

ANTECEDENTES:

Mediante memorial del 18 de julio del 2003, las sociedades Óptica Alemana E y H Schmidt S.A., Óptica Alemana Schmidt Hijos Ltda. y Óptica Alemana Unicentro Ltda., presentaron demanda contra el señor Jerónimo Ezequiel Miranda Mestra, por los actos de competencia desleal descritos en los artículos 8, 10, 11 y 15 de la Ley 256 de 1996 (fls. 1 a 95 cuad. No. 1 de 2).

Con la expedición de la Resolución No. 25038 del 29 de agosto de 2003 por parte del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia (fls. 112-114 cuad. No. 1), se inició el correspondiente proceso por competencia desleal.

1 Hechos de la demanda

Los hechos que sustentan la demanda, se sintetizan así:

1. En el año 1922, los hermanos Ernesto, Walter y Guillermo Schmidt Trudel, fundaron en Bogotá el establecimiento de comercio *Óptica Alemana Ernesto Schmidt y Hermanos*, dedicado a la explotación del negocio de la óptica en toda su extensión técnica y comercial.
2. Entre el año de su inauguración y el año 1977, se abren en Bogotá los establecimientos llamados *Óptica Alemana*, localizados en el centro de la ciudad, en el barrio Chapinero y en el Centro Comercial Unicentro, los cuales hasta la fecha siguen prestando servicios.
3. En el año 1965, el Ministerio de Fomento concedió a los señores Ernesto Schmidt T., Wolfgang Schmidt M. y Helmuth Schmidt M., el derecho de exclusividad sobre el nombre comercial *Óptica Alemana*, por el término de 10 años a partir del 23 de junio de 1965, para distinguir: *"nombres comerciales, rótulos de establecimientos, almacenes, clubes, asociaciones, etc., relacionados con la fabricación, exhibición, explotación, agencia, comercio, principalmente de artículos de óptica, instrumentos quirúrgicos y accesorios para medicina, dentistería y veterinaria; de física, matemáticas y científicos y mercancías en general y para distinguir sobres y papeles de escribir, publicaciones y propaganda hablada o escrita relacionada con el comercio de los productos antes nombrados; establecimientos comprendidos en la Clase 14 del Decreto 1707 de 1931, lo mismo que actividades comprendidas en la misma clase del citado Decreto"*, según consta en el certificado de registro de rótulo o nombre comercial número 59.470.

4. Para el 22 de octubre de 1976, se deposita el nombre comercial *Óptica Alemana*, a favor de los señores Ernesto Wolfwang Schmidt y Helmuth Schmidt, para distinguir, “*establecimientos comerciales o industriales y similares destinados a la venta y producción de anteojos, monturas, lentes, y demás productos con destino a la corrección de la vista*”. Tal denominación ha sido utilizada de manera continua e ininterrumpida.
5. A comienzos del año 2003, las sociedades accionantes iniciaron averiguaciones en diferentes ciudades del país con el fin de determinar la posibilidad de abrir nuevas sucursales a lo largo del país. Como producto de esta actividad, se estableció que en la ciudad de Sincelejo, existía a la fecha de presentación de la acción (18 de julio de 2003) un establecimiento comercial ubicado en el local 8 del Gran Centro El Parque, denominado *Óptica Alemana*, destinado a la venta de artículos ópticos, servicios especializados de optometría y adaptación de lentes de contacto, apareciendo como propietario el señor Jerónimo Ezequiel Miranda Mestra, registrado como comerciante en la Cámara de Comercio de Sincelejo desde el 21 de agosto de 1996.
6. Para el año 1999, mediante certificado de registro número 231608, la Superintendencia de Industria y Comercio otorga a las actoras, el registro de la marca nominativa *Óptica Alemana*, para identificar servicios de la clase 42 internacional.
7. Debido a la igualdad existente entre el nombre de establecimiento de comercio del señor Miranda Mestra con la marca registrada y el nombre comercial de las accionantes, *Óptica Alemana*, la clientela de éstas ha logrado confundirse con el establecimiento de Sincelejo.
8. A través de sus establecimientos de comercio, las sociedades accionantes han adquirido un reconocimiento a nivel nacional, por la calidad y eficiencia en la prestación de sus servicios.

2 Pretensiones

Además de la solicitud de medidas cautelares, la parte demandante eleva las siguientes peticiones:

“3.1 Que se adelante por su despacho una averiguación preliminar sobre la violación por parte del Sr. **MIRANDA MAESTRA** (sic) de las normas consagradas en la Ley 256 de 1996, decisión 486 de la Comunidad Andina y normas concordantes sobre los actos de competencia desleal.

“3.2 Que en caso de mérito se abre (sic) una investigación formal.

“3.4 Que si como resultado de la investigación formal se encuentra al Sr. **MIRANDA MAESTRA** (sic), responsable por actos de de (sic) competencia desleal, se impongan las sanciones pecuniarias a las que se hace alusión en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998.

“3.5 Que si como resultado de la investigación formal se encuentra que el Sr. **MIRANDA MAESTRA** (sic) incurrió en actos de competencia desleal, se le prohíba ejercer el comercio por un término de diez (10) años de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Código de Comercio”. (Fls. 8 y 9 cuad. No. 1 de 2).

3 Actuaciones procesales

Con Auto No. 01825 del 8 de agosto de 2003, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia inadmite el memorial de demanda, el cual fue subsanado con escrito del 22 del mismo mes y año (fls. 99-102 cuad. No. 1). Posteriormente, con Resolución No. 25038 del 29 de agosto de 2003, se da inicio al proceso jurisdiccional por competencia desleal, providencia que fue notificada personalmente al demandado, el 12 de abril de 2004 (fl. 115 cuad. No. 1 reverso). No obstante que no se da contestación a la demanda, después el accionado se presenta al proceso y designa apoderado (fl. 244 cuad. No.1).

El 3 de mayo de 2004 dando cumplimiento a la Ley 640 de 2001, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación, la cual se inició el 25 de junio y continuó el 19 de julio de 2004, sin que las partes llegaran a un acuerdo.

Con Auto No. 1638 del 11 de mayo de 2005, este despacho resuelve la solicitud de decreto de medidas cautelares, habiéndose negando su procedencia. Esta providencia quedó en firme sin oposición de las partes.

Mediante Auto No. 2744 del 30 de julio de 2005, se decretó la práctica de las pruebas pertinentes¹.

Una vez practicadas las pruebas decretadas y agotado el término probatorio, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, con Auto No. 3539 del 8 de agosto de 2005, corrió traslado a las partes para alegar por el término común de 5 días hábiles, el cual culminó el 18 de agosto del año en cita. Dentro del término legal, la parte demandada presentó alegatos de conclusión, mientras que la parte demandante se abstuvo de hacerlo.

4 Alegatos de conclusión

Los alegatos presentados por la demandada se sintetizan en lo siguiente:

1. Se alega que ninguna de las sociedades que conforman la parte accionante participa en el mercado de los servicios y productos optométricos de la ciudad de Sincelejo, y que su oferta está exclusivamente referida al mercado de tales servicios y productos en la ciudad de Bogotá.
2. En el proceso se ha acreditado que el accionado únicamente ofrece sus productos y servicios de optometría en las ciudades de Sincelejo y Apartadó.
3. El estudio de mercado aportado por la parte accionante refleja una mera posibilidad que la Óptica Alemana exploró para establecerse en otras ciudades, pero nunca abrió sucursal en

¹ Interrogatorio de parte accionada, fls. 252-256 cuad. No. 1.

Testimonio de Juanita Schmidt Barrera, a solicitud de la parte accionante, fls. 286 al 298, cuad. No. 1.

Testimonio de Helmuth Schmidt Mumm, a solicitud de la parte accionante, fls. 299-301 cuad. No. 1.

Respuesta de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, fls. 263-269, cuad. No. 1.

La práctica de la inspección judicial fue desistida por la parte solicitante-accionante. Auto No. 2970 del 26 de agosto de 2004, fls. 278-279 cuad. No. 1.

la ciudad de Sincelejo. En este sentido, el estudio de mercado aludido no demuestra la intención de las sociedades demandantes de participar en el mercado de los servicios y venta de productos de optometría en la referida ciudad.

4. Al no participar las actoras en el mercado de los servicios y venta de productos de optometría en la ciudad de Sincelejo, aquellas no están legitimadas para obtener una sentencia favorable, pues no existe prueba que permita concluir que sus intereses hubieran sufrido desmedro patrimonial por la intervención de la hoy Óptica Germana en la ciudad atrás citada.
5. El accionado ha observado el principio de la buena fe comercial, lo cual se demuestra al haber modificado su nombre comercial tan pronto conoció de la existencia de la *Optica Alemana*, sino que además, todas las conductas que ha realizado están acordes con las sanas costumbres mercantiles y con los usos honestos en materia industrial y comercial.
6. Desde el 8 de junio de 1989, se da inicio por parte del accionado al uso de la enseña Optica Alemana en la ciudad de Sincelejo, época para la cual el signo Optica Alemana no había sido registrado por ninguna de las sociedades accionantes. La marca fue objeto de registro en septiembre del año 2000, a nombre de la sociedad E y H Schmidt y Cia. S.C.A., que no es accionante en el proceso. Igualmente, el depósito del nombre comercial *Óptica Alemana* figura a nombre de los señores Ernesto Wolfgang Schmidt y Helmuth Schmidt, quienes tampoco son parte en este proceso.
7. En ninguna de las facturas aportadas al proceso por la testigo Juanita Schmidt, supuestamente correspondientes a personas residentes en la Costa Atlántica, se indica la dirección del paciente, por lo que es imposible deducir qué usuarios o pacientes de la Costa Atlántica se vinieron desde la ciudad de Sincelejo a recibir los servicios de la Optica Alemana en la ciudad de Bogotá.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

1 Naturaleza de la acción y del proceso de competencia desleal

De acuerdo con el contenido de la demanda, el enunciado de la acción, las normas de derecho citadas por el propio actor y las disposiciones de la Ley 256 de 1996 que a juicio de la demandante se estiman vulneradas, la acción presentada es de naturaleza jurisdiccional.

Así las cosas, habiendo el actor fijado el litigio como de competencia desleal de naturaleza jurisdiccional, el juez deberá, en caso de encontrarse presentes los presupuestos procesales para decidir de fondo el asunto, emitir un pronunciamiento acerca de si los hechos cuestionados con el ejercicio de la acción, constituyen o no una infracción a las normas que rigen la leal competencia en Colombia, sin poder "*variar su contenido, interpretar su texto, deducir pretensiones no comprendidas y, en fin, adelantar cualquier tipo de actividad hermenéutica que se traduzca en alterar la esencia de la reclamación sometida a su escrutinio en aras de establecer que lo demandado constituye otro tipo de asunto que no hace parte de su competencia.*"²

² TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES, -Sala de Decisión Civil-Familia- M.P. Álvaro José Trejos Bueno. 12 de diciembre de 2003.

Siendo el proceso que acá se analiza de competencia desleal, el marco jurídico sobre el cual debe recaer el juicio del juez es precisamente el de las normas y principios que rigen tal materia, motivo por el cual, si bien los hechos que se demandan podrían eventualmente afectar otros ordenamientos jurídicos, el fallo que aquí se profiere deberá estar dirigido a resolver únicamente las pretensiones que fueron presentadas, sin que sea jurídicamente admisible que éste se extienda a un objeto distinto del pretendido en la acción, o por causa diferente a la invocada en ésta (artículo 305 del C. de P. C.).

La relevancia de la anterior precisión radica en el énfasis que la parte demandante hace sobre la titularidad que alega tener sobre unos signos distintivos y a la supuesta usurpación de los mismos por parte del demandado.

En este punto, resulta oportuno recordar que el artículo 1 de la Ley 256 de 1996 (LCD), dispone que dicha normativa se aplica sin perjuicio de otras formas de protección, lo cual implica que independientemente de que el acto desleal infrinja otro ordenamiento, la LCD no sanciona el comportamiento por infringir ese otro ordenamiento, sino por ser desleal y por los efectos nocivos que el actuar indebido genera tanto para el mercado como para los afectados directos por el acto y, consecuentemente para los consumidores.

Así, si bien las acciones derivadas de la propiedad industrial y las correspondientes a la competencia desleal no son por sí mismas excluyentes, tal conclusión no implica que en todos los casos, ante una eventual infracción al régimen de propiedad industrial se produzca la prosperidad de la acción por competencia desleal.

En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional al manifestar lo siguiente:

*“[L]a violación de las normas de derechos relativos a marcas y patentes no excluye la posibilidad de que se inicien investigaciones para verificar si con ese mismo acto **[o sea, con la violación de las normas sobre marcas y patentes]** se vulneran además las normas de lealtad que deben gobernar las actividades mercantiles”³ (negritas y aclaraciones originales).*

Sin embargo, como ya se dijo, para que se declare que la conducta demandada es constitutiva de competencia desleal, no basta con que “*se lesion[e] un derecho de exclusiva, vale decir, un derecho absoluto sobre un bien conformante de la propiedad industrial, si en la conducta no se yuxtaponen los elementos necesarios para tipificar conductas de competencia desleal, [pues en esos casos] la acción es otra: la que corresponde a todo propietario para defender el derecho de goce del bien del cual es titular*”.⁴

En este orden de ideas, con fundamento en la comprensión integral de la demanda, “*el fallo definitivo tendrá que auscultar si están acreditados los hechos que, presuntamente, se erigen como prácticas que encuadren en las hipótesis normativas denunciadas, sin que el juzgador deba ir más allá para determinar que se producen otros efectos colaterales o implícitos, como, verbigracia, puede suceder con los que atañen a la propiedad industrial propiamente dicha.*”⁵

³ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Civil. Sentencia del 5 de agosto del 2003. M.P. Edgar Carlos Sanabria Melo.

⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - Sala Civil. Sentencia de diciembre 16 del 2004. M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES -Sala de Decisión Civil-Familia. Sentencia del 12 de diciembre del 2003. M.P. Álvaro José Trejos Bueno.

2 Legitimación

El presente proceso se encamina a determinar si los hechos narrados por el actor, tienen vocación para ser declarados como actos de competencia desleal. Sin embargo, antes de proceder a su análisis con la consecuente prueba y a verificar su adecuación con las conductas enjuiciadas, se hace necesario, en forma primera, precisar si los sujetos del proceso cumplen con los requisitos de legitimación activa y pasiva establecidos especialmente en la Ley 256 de 1996, comoquiera que de no encontrarse legitimación en cualquiera de los extremos de la litis, las pretensiones presentadas tendrán que despacharse en forma negativa, al ser aquellos requisitos, presupuestos básicos para que el proceso se pueda dirimir a través de una decisión de fondo.

En este sentido, la legitimación (arts. 2, 3 y 4 en concordancia con los arts. 21 y 22 de la Ley 256) se constituye en uno de los presupuestos procesales indispensables para decidir de fondo el asunto puesto bajo el conocimiento de esta Superintendencia.

2.1 Legitimación activa

En cuanto a la 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”*.

Bajo el anterior entendimiento, existe legitimación activa para la interposición de una acción declarativa y de condena en quien, siendo participante en el mercado, o habiendo demostrado su intención de participar en éste, sus intereses económicos resulten o pueden ser perjudicados. Por su parte, estará legitimada para interponer la acción preventiva o de prohibición, la persona que piense que puede llegar a ser afectada por los actos de competencia desleal que demanda, pues participando en el mercado o habiendo demostrado su intención de participar en éste, sus intereses económicos resultan amenazados.

Para el doctrinante Hernando Morales Molina⁶, la legitimación sólo existe, de un lado, cuando demanda la persona a quien la ley sustancial faculta para ello; y de otro lado, cuando la acción se dirige contra la persona frente a la cual, la pretensión tiene que ser dirigida. De tal modo que la calidad en virtud de la cual una pretensión puede y debe ser ejercitada contra una persona en nombre propio, se llama legitimación para obrar, activa para aquél que puede perseguir judicialmente el derecho y pasiva para aquel contra el cual se ha de hacerlo valer. En este orden, la legitimación para obrar o legitimación en causa determina lo que entre nosotros, se denomina impropriamente personería sustantiva, considerada, por lo general, como expresión análoga de la titularidad del derecho invocado, que debe ser examinada en la sentencia.

De esta manera, para establecer si en el presente proceso la parte activa se encuentra legitimada para obtener una sentencia favorable, se hace necesario determinar si sus intereses económicos resultan afectados por los actos que demanda, para lo cual se debe precisar si participa en el mercado en el que se realizaron los hechos que cuestiona, o si está demostrada su intención fundada y razonable de participar en éste (artículo 21 Ley 256 de

⁶ MORALES MOLINA, Hernando, “Curso de Derecho Procesal Civil”. Bogotá, Editorial A B C, 1985, págs. 147 y 148.

1996). Tal exigencia resulta concordante con el artículo 3 ibidem, el cual prevé que dicha ley “se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado”, estableciendo con ello unos sujetos activos y pasivos cualificados para señalar una conducta como de competencia desleal.

Bajo las anteriores premisas, la noción que se tenga de mercado, resulta del todo relevante. En este orden, una persona participa en un mercado, cuando interviene en un determinado sector económico ofreciendo bienes o servicios, dentro de un proceso productivo o de comercialización. El mercado no es un espacio abstracto e ilimitado, sino que frente a cada situación requiere ser objeto de precisión, asumiendo como referentes tanto el renglón económico en el cual se desempeña el agente, así como la comprensión de quiénes son los potenciales consumidores de los bienes o servicios que se ofrecen y cuáles los factores que determinan la posible elección de estos últimos.

Al respecto, el Tribunal Superior de Bogotá, siguiendo a Portellano, ha dicho que, “*el alcance del concepto ‘mercado’, debe ser considerado como el espacio jurídico en el cual cada empresario que pretende atraer para sus productos o servicios las adhesiones de los consumidores, realiza, a través de los diferentes instrumentos para lograrlo, las ofertas que conduzcan a la celebración de negocios jurídicos.*”⁷

Así las cosas, si bien para determinar cuál es el mercado concreto en el que un oferente participa, se pueden seguir diferentes criterios (por ejemplo el demográfico o el psicodemográfico), no es menos cierto que cualquiera que sea el método que se emplee, siempre deberán estar presentes dos factores primordiales: el tipo de producto o servicio que se ofrece y el ámbito geográfico de influencia de la oferta del bien o servicio que se presenta⁸.

Pues bien, descendiendo al caso en estudio, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que las accionantes, Óptica Alemana E y H Schmidt S.A., Óptica Alemana Schmidt Hijos Ltda. y Óptica Alemana Unicentro Ltda., son sociedades cuya principal actividad consiste en la prestación de servicios de salud relacionados con la optometría y la comercialización de artículos y accesorios ópticos, así como de elementos técnicos que se relacionen directamente con la óptica y la optometría. Igualmente, está demostrado en el expediente que las actoras ofrecen los productos y servicios arriba citados solo en la ciudad de Bogotá. De lo que se desprende que las sociedades Óptica Alemana E y H Schmidt S.A., Óptica Alemana Schmidt Hijos Ltda. y Óptica Alemana Unicentro Ltda. son participantes del mercado de los servicios y productos optométricos en la ciudad de Bogotá.

Ahora, los hechos en que se fundamenta la acción impetrada, aparecen realizados en el mercado de los productos ópticos y los servicios optométricos de la ciudad de Sincelejo, (departamento de Sucre), toda vez que es dentro de este entorno (de productos, servicios y lugar geográfico), en el que la expresión *Óptica Alemana* utilizada por el accionado, puede influir en la libertad de decisión del consumidor, en la atracción de una clientela y en la afectación del mercado.

⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Civil. Sentencia del 16 de diciembre del 2004. M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

⁸ Frente a este punto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-375-95, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, ha señalado que la determinación del mercado “no sólo se precisa a partir de las coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de transacción. A este respecto, será decisivo esclarecer en la realidad si el bien puede resultar, en términos de precios, calidades y demás características, intercambiable por otros o no intercambiable por ellos. En este último caso, se tratará de un mercado separado; en el primero, de un mismo mercado.”

Sin embargo, no obra evidencia que conduzca a que ante un eventual cambio en las circunstancias de la oferta y demanda de los productos y servicios de optometría de los que se es consumidor, la persona que los requiera se desplace de manera habitual a otra ciudad para adquirirlos.

En el caso concreto, el mercado en el cual aparecen realizados los actos que se cuestionan y en el que por ende deberían estar participando los sujetos procesales de esta litis, es el de la optometría en la ciudad de Sincelejo. Empero, en el expediente no existe prueba que demuestre el hecho que las sociedades accionantes domiciliadas en la ciudad de Bogotá, hayan participado o siquiera hubiesen tenido la intención de participar en el mercado de la ciudad de Sincelejo y, por lo tanto, que hayan sido afectadas y perjudicadas en sus intereses económicos por los actos que cuestionan, o que dichos intereses se hayan visto seriamente amenazados.

La parte accionante manifiesta en su demanda que “[l]as sociedades Óptica Alemana Schmidt Hijos Ltda., Óptica Alemana Unicentro Ltda., Óptica Alemana E y H Schmidt S.A. iniciaron averiguaciones a inicios del presente año [2003], en diferentes ciudades del país con el fin de determinar la posibilidad de abrir nuevas sucursales a lo largo del país”. Tal manifestación se encuentra soportada en un estudio de mercado efectuado por la Óptica Alemana E Y H Schmidt S.A. y que el despacho ordenó allegar en la diligencia surtida con la Gerente General de tal empresa (fl. 292 cuad. No. 1).

No obstante, ni de la versión rendida por dicha representante, como tampoco del estudio que la interrogada allegó, se desprende la prueba de una efectiva participación de la actora en el mercado de los servicios y productos de optometría en la ciudad de Sincelejo; así mismo, tampoco muestra con suficiencia la existencia de una intención del actor de participar en el mercado de aquella ciudad.

El documento aportado tan solo hace referencia a la recolección de una información para conocer aspectos regionales y de mercado que permitan identificar oportunidades para una posible expansión del negocio en la Costa Atlántica, más no refiere la escogencia de un mercado geográfico en concreto para iniciar operaciones, ni en sus conclusiones se vislumbra un proyecto para el establecimiento de un negocio en la ciudad de Sincelejo.

Igualmente, al responder la declarante la pregunta 19 referida a si una vez efectuado el estudio, la Óptica Alemana de Bogotá realizó algún tipo de actividad tendiente a llevar a cabo la creación de un establecimiento de comercio en la ciudad de Sincelejo, aquella manifestó:

“No, lo primero que se hizo una vez se terminó el estudio y se identificó que se estaba utilizando nuestro nombre sin permiso fue iniciar esta investigación”; y en la pregunta subsiguiente, precisa: “No, este tipo de datos exactos no se definieron como lo contesté en mi respuesta anterior la primera acción que se tomó fue la de suspender el uso indebido de nuestro nombre, creemos que debe pasar un tiempo para no crear confusión en esta ciudad, pero las acciones de una posible apertura de un (sic) Óptica Alemana en la ciudad de Sincelejo no estaba (sic) tan adelantada para tener identificado ya el lugar o el presupuesto para la apertura de una óptica. Un estudio de mercado no quiere decir que sea un hecho que ese mercado se vaya a explotar inmediatamente” (fl. 293 cuad. No. 1).

Es decir, que la sola circunstancia de iniciar investigaciones de mercado sobre algunas variables y por sitios geográficos (fls. 359 - 395 cuad. No. 1), no aporta una verosímil posibilidad de que la demandante abriría un establecimiento de comercio destinado al ofrecimiento de productos y servicios ópticos en la ciudad de Sincelejo, lugar donde se desenvuelve la pasiva procesal. En esta medida, el estudio de mercado al cual venimos haciendo referencia, no es

más que un indicio contingente de la mera posibilidad que tiene el accionante de extender su actividad a otras ciudades, en este caso, a la ciudad de Sincelejo, más no puede otorgársele un valor probatorio mayor al ya anotado.

Bajo los anteriores entendidos, no se evidencia una real exteriorización de voluntad, dirigida a la apertura de un establecimiento óptico en la ciudad en cita o la puesta en marcha de los servicios correspondientes.

Como ya se anotó en líneas anteriores, si bien el uso de un signo distintivo por quien no está autorizado para ello, puede dar lugar a que el titular del derecho invoque la acción prevista por el Legislador para la defensa de la propiedad industrial, (bien jurídico tutelado) este hecho por sí solo no constituye el elemento primordial de prueba de una demanda por competencia desleal, pues para que esta acción logre tener prosperidad, se hace necesario que se cumplan los supuestos propios y especiales de la Ley 256 de 1996, dentro de los que se encuentran la legitimación (cualificada como participantes o agentes del mercado) y la confluencia de los servicios y/o productos que ofrecen los sujetos en contienda, dentro de un determinado ámbito territorial, claramente delimitado.

Por lo tanto, a pesar que las sociedades Óptica Alemana E y H Schmidt S.A., Óptica Alemana Schmidt Hijos Ltda. y Óptica Alemana Unicentro Ltda. puedan ser titulares del signo distintivo *Óptica Alemana*, aquellas no probaron que participan en el mercado de los productos y servicios optométricos de la ciudad de Sincelejo, así como tampoco aparece evidencia de su ánimo o intención real de participar dentro del mismo.

En consecuencia, la parte actora carece de legitimación activa para obtener una providencia favorable a sus pretensiones por competencia desleal.

DECISION:

En mérito de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- PRIMERO:** Declarar la inexistencia del presupuesto procesal de legitimación activa.
- SEGUNDO:** Declarar no próspera la acción de competencia desleal incoada.
- TERCERO:** Condenar a la parte demandante al pago de las costas del proceso.

NOTIFÍQUESE

JAIRO RUBIO ESCOBAR
Superintendente de Industria y Comercio

Notificaciones:

NATALIA COBO GUERRERO

C.C. No. 52.251.437

T.P. No. 121.851 del C. S. de la J.

Apoderada

ÓPTICA ALEMANA E Y H SCHMIDT S.A.

ÓPTICA ALEMANA SCHMIDT HIJOS LTDA.

ÓPTICA ALEMANA UNICENTRO LTDA.

Avenida 42 No. 22 - 12

Bogotá, D.C.

PATRICIA MANTILLA NEISSA

C.C. 39.684.844

T.P. No. 51.283 del C. S. de la J.

Apoderada

JERÓNIMO EZEQUIEL MIRANDA MESTRA

Transversal 14 No. 119-24

Bogotá, D.C.