



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 02044 DE 2005
(01 FEB. 2005)

Rad No. 03102960

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las contenidas en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, y

CONSIDERANDO :

PRIMERO: Que el señor HERBERT YOBANI RINCÓN CRISTANCHO, en nombre y representación del señor RAFAEL OSPINA BOTACHE, propietario del establecimiento de comercio RICAS ACHIRAS DEL HUILA, presentó el 21 de noviembre de 2003, acción de competencia desleal en contra de la empresa RAOS LTDA, la cual fue radicada bajo el número expediente 03102960.

SEGUNDO: Que junto con la acción arriba citada, el accionante solicitó la práctica de las siguientes medidas cautelares:

"1.- Que se prohíba al denunciado, el uso del secreto industrial para la preparación de BIZCOCHO DE ACHIRA usurpado a mi cliente.

2. Obligar a los competidores desleales a prestar caución para garantizar que se abstengan de realizar los hechos por los cuales han sido denunciados."

TERCERO: Que mediante Resolución número 01739 del 30 de enero de 2004, esta Superintendencia dispuso iniciar el proceso por competencia desleal solicitado por el apoderado del señor OSPINA BOTACHE en contra de la firma RAOS LTDA, la cual fue notificada mediante Edicto No.1658 fijado el 10 de febrero de 2004 y desfijado el 23 del mismo mes, habiéndose allegado respuesta dentro del término respectivo.

CUARTO: Que mediante resolución 03918 del 26 de febrero de 2004, se corrió traslado de la solicitud de medidas cautelares al accionado, frente a la cual el apoderado de la parte accionada manifestó:

"....." MEDIDAS CAUTELARES.

Le solicito al señor Superintendente Delegado, rechazar la ejecución de Medidas Cautelares porque en ningún momento mis clientes han violado secretos de carácter industrial. La Achira es un biscocho originario del Huila, conocido popularmente como calentano, procesado con harina de sagú, huevos, queso, mantequilla, crema de leche y sal, que todos los colombianos podemos encontrar en cualquier carretera, puesto de mercado, panadería o similar".

QUINTO: Que para resolver las medidas cautelares solicitadas por el señor Rafael Ospina Botache, se considera:

I. Presupuestos para la procedencia de las medidas cautelares

Señala el artículo 31 de la Ley 256 de 1996 que : “[c]omprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes” (subrayado fuera de texto).

Como se observa, existen dos presupuestos básicos para que el decreto de medidas cautelares o la cesación provisional de un acto que se demanda como de competencia desleal sea procedente, consistentes en que se encuentre comprobada la realización de un acto de competencia desleal y que la petición provenga de una persona legitimada para presentar tal solicitud.

1.1. Legitimación para solicitar el decreto de medidas cautelares.

Se destaca del artículo precitado que la solicitud deberá ser “ (...) a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma (...)”.

En el caso de la ley de competencia desleal, tal legitimación está determinada por los artículos 20 numeral 1¹ y 21 inciso primero² de la Ley 256 de 1996, en armonía con el artículo 3^o de la misma norma.

Si bien la aplicación de la ley de competencia desleal no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre quien realiza el supuesto acto desleal y quien sufre sus consecuencias, lo cierto es que el legitimado para obtener un decreto de medidas cautelares, debe ser el afectado por la conducta que se debate, ya sea porque participa en el mercado y sus intereses económicos resultan perjudicados, o bien porque ha demostrado su intención de participar en el mismo y sus intereses económicos resultan amenazados por los actos de competencia desleal que demanda.

En este sentido, el concepto de *participación en el mercado* es un elemento determinante para establecer si el actor es o puede llegar a ser afectado por los actos que cuestiona como desleales. Una persona participa en un mercado, cuando toma parte del mismo, es decir, cuando concurre a él ofreciendo bienes o servicios a fin de disputar una clientela. En consecuencia, el mercado no es un lugar abstracto e ilimitado, sino que frente a cada situación requiere ser precisado, teniendo en cuenta los factores que en cada caso particular toman en consideración los clientes o compradores para elegir entre las diferentes ofertas o alternativas que son puestas a su elección. Así las cosas, si un

¹ Artículo 21. Legitimación activa. En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, 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.

determinado productor no ofrece sus bienes o servicios a los compradores potenciales del mismo, dicho productor no participa en ese mercado, pues al no tener dichos compradores la posibilidad de acceder a la oferta, no estará el productor disputando una clientela.

Para determinar si en el presente trámite el señor RAFAEL OSPINA BOTACHE, se encuentra legitimado para obtener el decreto de medidas cautelares que solicita, es necesario determinar, en primer término, si se encuentra acreditada su participación en el mercado y si sus intereses económicos han resultado perjudicados, o que tiene la intención de participar en el mercado y sus intereses económicos se encuentran amenazados.

En el caso particular, si bien el peticionario manifiesta que desde hace más de 12 años produce achiras bajo una fórmula mejorada para ofrecer a sus clientes, así como que contrató para su microempresa ubicada en la Cra 19 No 1D-36 de la ciudad de Bogotá, a quienes hoy son socios de la empresa contra la cual instaura la acción, no se encuentra prueba alguna en el expediente que demuestre la participación del señor en el mercado o su intención o interés de participar en el mismo dentro de una cadena de comercialización. Si bien, el accionante afirma que es propietario de un establecimiento de comercio, denominado "Ricas Achiras del Huila", no demuestra la existencia del referido establecimiento, su inscripción en el registro mercantil en la cámara de comercio del lugar donde desarrolla su actividad, o su anuncio al público como comerciante por cualquier medio, lo cual eventualmente hubiera podido poner de presente la aludida participación en el mercado.

Así las cosas, no pudiéndose establecer la participación real o eventual en un mercado determinado, falla la legitimación que le debe asistir, con el fin de que le prospere la solicitud de las cautelas.

2. Comprobación de la realización de los actos demandados

En adición a no aparecer acreditada la legitimación requerida, motivo suficiente para denegar el decreto de cesación provisional del acto, en gracia de discusión, así ésta estuviera determinada, debe tenerse en cuenta que para el decreto de las cautelas resulta indispensable que en el expediente se encuentre establecida la realización del acto que se cuestiona por parte de la persona frente a quien pretende el solicitante se dicte la medida cautelar. Lo anterior, guarda relación con lo previsto en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, que establece como una exigencia básica, que se encuentre "*[c]omprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma.*"

De acuerdo con la formulación de los hechos, la trasgresión a las normas de competencia desleal surge, según el actor, como consecuencia directa del uso que la empresa RAOS LTDA hiciera de la fórmula mejorada del producto achiras desarrollada por el señor Rafael Ospina Botache, la cual en su criterio, constituye un secreto empresarial del cual es titular.

Sostiene, adicionalmente, que la "*reproducción del secreto industrial*" y la reproducción del producto alimenticio del accionante, se concreta en el objeto social de la sociedad RAOS LTDA.

Al respecto, no encuentra el Despacho en el expediente, prueba alguna que evidencie la existencia de la fórmula o del secreto empresarial o industrial al que hace referencia el actor. Por el contrario, éste presentó ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de patente, lo cual se opone a la existencia del secreto industrial aludido.

Por otra parte, del análisis del objeto social de la sociedad RAOS LTDA, no puede concluirse que el mismo busque el fin que aduce el solicitante de las medidas. Al contrario, como se observa en el certificado de existencia y representación legal de la empresa accionada allegado al proceso, la sociedad tiene como objeto "la producción, fabricación, distribución, importación, exportación y venta al por mayor y al detal de toda clase de productos alimenticios", objeto social, que en criterio de este Despacho, ni siquiera se circunscribe al mercado de las achiras, ni hace alusión al mismo, ni a un proceso especial para efectos de incursionar en el referido mercado.

En suma, la existencia de un secreto, elemento básico en que se apoyan los hechos planteados por la accionante y cuya violación constituiría el eje central de la configuración de las conductas que demanda, queda desvirtuado con la solicitud de patente radicada ante esta Superintendencia.

Así las cosas, esta Superintendencia concluye que a esta altura del proceso, no se encuentran probados los presupuestos necesarios para la procedencia de la medida,

En mérito de lo expuesto, esta Superintendencia

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Denegar la solicitud de medidas cautelares presentada por el apoderado del señor RAFAEL OSPINA BOTACHE, en contra de la firma RAOS LTDA, dentro del expediente número 03102960, por las razones expresadas en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente y en su defecto por edicto al señor **HERBERT YOBANI RINCÓN CRISTANCHO**, apoderado del señor RAFAEL OSPINA BOTACHE, o a quien haga sus veces y a la doctora **AMALIA VELOSA ARBELAEZ**, apoderada de la sociedad RAOS Ltda, o a quien haga sus veces, el contenido de la presente decisión, entregándoles copia de ella e informándoles que contra la misma procede el recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D. C., a los 01 FEB. 2005

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación

Señor

HERBERT YOBANI RINCÓN CRISTANCHO

C.C. No. 79'661.863 de Bogotá

LTV. H.T.S.B.04-27-2004

Apoderado **RAFAEL OSPINA BOTACHE**

Carrera 7ª No. 17-01 oficina 748

Ciudad

Doctora

AMALIA VELOSA ARBELAEZ

C.C. No. 41'712.829 de Bogotá

T. P. No. 28633 del C.S.J.

Apoderada **RAOS LTDA**

NIT: 830125425

Carrera 10 No. 27-27 Oficina 706A

Ciudad

JJK/cmmn/medidas cautelares achira 3