



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 25285 DE 2003
 (03 SET. 2003)

Radicación 2038608

Por la cual se resuelve una investigación por competencia desleal

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 en ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por
 la Ley 446 de 1998 y Decreto 2153 de 1992, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el señor Jorge Enrique Gallego presentó acción contra la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. por la presunta incursión en los actos de competencia desleal descritos en los artículos 10, 14, 15 y 16 de la Ley 256 de 1996.

SEGUNDO: Que habiéndose agotado las diferentes instancias procesales, y no presentándose nulidades que impidan el proferimiento de un fallo, procede el Despacho a decidir el presente proceso en los siguientes términos:

1. Antecedentes

› El señor Jorge Enrique Cruz Gallego instauró la acción de competencia desleal contra la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., fundándose en la presunta infracción, por parte de ésta, a las normas de la Ley 256 de 1996 que describen los actos desleales de confusión, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos y violación de normas (folios 1, 2 y 217 a 224 del cuaderno 1).

El accionante explica la pertinencia de las pretensiones refiriendo los siguientes hechos: La sociedad Management Sciences for Development Inc. MSD, sociedad administradora de los recursos del Plan Colombia, para el Programa de Derechos Humanos de la Agencia de los Estados Unidos de América para el Desarrollo Internacional USAID (folio 358 del cuaderno 1), en el año 2001 invitó a la firma O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. para que participara en el proceso de licitación privada, con el objeto de blindar algunas sedes de entidades en Colombia, en desarrollo del "Proyecto Derechos Humanos" (folios 367 y 397 del cuaderno 1).

La sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., representada por el doctor Carlos Enrique González Blanco, con el fin de cumplir el objeto del contrato adjudicado por MSD, subcontrató al arquitecto Jorge Gómez. Sin embargo, el consorcio AQX -MDA, conformado por las sociedades Arquitectsa Ltda., y Monitoreo Digital Atlas Ltda., y representado legalmente por el señor Jorge Enrique Gallego Cruz, presentó a O'Gara-Hess una propuesta según la cual, cambiando el material que ordinariamente se emplea como relleno del blindaje, por un fieltro o cobija de gamin, los costos de la obra se reducían en un 8%. Por tal razón O'Gara-Hess decidió relevar al subcontratista Jorge Gómez y contratar al consorcio AQX-MDA.

En desarrollo de tal relación se celebraron los contratos civiles de obra números 003 del 20 de noviembre de 2001, 003, con fecha 26 de diciembre de 2001 y 007 del 11 de enero de 2002, cuyo objeto se describe en los contratos correspondientes, así: "Fabricación suministros e instalación de puertas blindadas, puertas de seguridad, ventanas blindadas y rejillas para ventilación todo blindaje nivel III según planos y especificaciones

suministradas por el Contratante y aceptadas por el Contratista¹. El subcontratista ejecutó el contrato utilizando el fieltro como relleno de blindaje, sistema al que ha denominado "panel antibalístico en fieltro punzonado".

Estando en ejecución el último de los contratos, O'Gara-Hess reemplazó al consorcio AQX-MDA por el arquitecto Luis Fernando Estrada Garcés, quien continuó desarrollando el contrato 007, empleando para tal efecto las mismas especificaciones técnicas, que incluían el relleno de fieltro.

Asevera el denunciante que la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., en desarrollo de proyectos posteriores a la salida del arquitecto Gallego Cruz, continuó utilizando el "panel antibalístico en fieltro punzonado" para el blindaje de puertas, a través de su subcontratista Luis Fernando Estrada².

Por último, el arquitecto Jorge Enrique Gallego Cruz, el 21 de febrero de 2002 solicitó ante la Superintendencia de Industria y Comercio la concesión de patente de invención del "panel antibalístico en fieltro punzonado", trámite en curso en la División de Nuevas Creaciones, en el expediente 02014878 (folios 15 a 35, 186 y 187).

> De la denuncia se corrió traslado a la sociedad accionada, O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., quien por medio de memorando (folios 235 a 247 del cuaderno 1) se opuso a las pretensiones y a algunos hechos expuestos por el accionante, así:

La accionada acepta la existencia de los contratos -subcontratos- civiles de obra números 003 del 20 de noviembre de 2001, 003, con fecha 26 de diciembre de 2001 y 007 del 11 de enero de 2002, pero hace hincapié en el hecho de no haber existido, en virtud de ellos, relación entre O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. y Jorge Enrique Gallego Cruz, sino entre ella y el consorcio AQX-MDA del que era representante legal el accionante.

En desarrollo de esos contratos, manifiesta la sociedad accionada, que el subcontratista -consorcio AQX-MDA- debía utilizar para el blindaje contratado el material denominado fieltro, por exigencia del contratante MSD Inc. al contratista O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. Por otra parte, alega no haberse comprometido con el señor Gallego Cruz a guardar reserva sobre dicho sistema de blindaje, el cual, además, ya había sido utilizado con anterioridad, según el dicho del mismo accionante, y que lo que él denomina panel antibalístico en fieltro punzonado es un producto utilizado por muchas personas diferentes al señor Gallego Cruz. Con base en lo anterior, concluye que no es cierto que el procedimiento de blindaje utilizado por el consorcio AQX-MDA en ejecución de los subcontratos de las obras para MSD Inc., cumpla con los requisitos para ser considerado una invención o un secreto comercial.

Igualmente, explicó que tal relación contractual terminó durante la ejecución del contrato 007 de 2002 por decisión unilateral de O'Gara-Hess, al pretender el señor Gallego Cruz el cobro injustificado de sumas de dinero.

Apartado el señor Gallego Cruz de la ejecución del contrato, O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. con el fin de cumplir con las obligaciones contraídas con MSD Inc., subcontrató los servicios del arquitecto Luis Fernando Estrada, quien continuó la labor del consorcio AQX-MDA, cumpliendo las mismas especificaciones técnicas, es decir, utilizando el fieltro en el proceso de blindaje, producto que le ofreció en forma libre y espontánea.

Por lo anterior y por el hecho de haber actuado de buena fe -la que se debe presumir, mientras la mala fe debe ser probada por quien interpone la acción-, concluye la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. que no ha revelado, no ha informado, ni ha puesto en conocimiento de sus subcontratistas la existencia de un producto o procedimiento nuevo de blindaje mediante la utilización de fieltro punzonado, pues no es nuevo, ni está protegido por derechos de propiedad industrial, ni existió sobre él la obligación de guardar reserva, por lo que no puede endilgarse la comisión de actos de competencia desleal de confusión, imitación, explotación de la

¹ Folios 41, 91 y 133, 236, 237, 239 y 240 (Respuesta a los puntos 5, 9, 10, 11, 12 de la denuncia).

² Folio 240, respuesta a denuncia.

TESTIMONIO DE JORGE ENRIQUE ESGUERRA GOUFFRAY, preguntas 17, 18, 20, 21, 22, 28, 30, 40 folios 317 a 321.

TESTIMONIO DE LUIS FERNANDO ESTRADA GARCÉS, preguntas 5, 6, 9, 13, 21, folios 326 a 329.

TESTIMONIO DE MARÍA BIBIANA JIMÉNEZ PUERTO, preguntas 4, 11, 12, 34, folios 349, 350 y 354.

TESTIMONIO DE CARLOS ENRIQUE GONZÁLEZ BLANCO, preguntas 29, 32, folios 372 y 373.

TESTIMONIO DE GERMÁN RICARDO SÁCHICA RENGIFO.

reputación ajena, violación de secretos y de normas, así como tampoco el haber actuado en contravención del artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

Adicionalmente, la accionada presenta excepción de mérito por falta de legitimidad activa, fundamentándose en que entre ella y el accionante no ha existido vínculo comercial alguno. Indica que los contratos de obra reseñados en el caso, relacionan a O'Gara-Hess & Eisenhardt S.A. con el consorcio AQX-MDA y no con el arquitecto Jorge Enrique Gallego Cruz, pues a pesar de haber sido el actor quien representara al consorcio, *"por mandato de la ley mercantil, las personas individualmente consideradas son diferentes a las sociedades que conforman, ya sea que participen en las compañías como socios o como representantes legales"*.

Finalmente, quien contesta la acción expone que con la celebración de los contratos que el accionante anuncia, ni se fortalece, ni se debilita la posición relevante que O'Gara-Hess ocupa en el mercado, y que no existiendo una relación de competencia entre las partes, por ser sus actividades comerciales totalmente diferentes *"una empresa dedicada a la actividad blindadora en nada tiene que competir con un profesional de la arquitectura"*, en este caso es inexistente la finalidad concurrencial, por lo que no se podrá concluir que se hayan cometido actos de competencia desleal.

> Agotada la etapa conciliatoria sin lograr acuerdo entre las partes, el Despacho procedió a dictar pruebas, de las cuales se decretaron todas las documentales solicitadas por cada una de las partes. Se decretó y practicó el interrogatorio de parte al accionante, señor Jorge Enrique Gallego Cruz (folio 342), y se oyeron los testimonios de Carlos González Blanco (folio 367), Jorge Enrique Esguerra Gouffray (folio 315), María Bibiana Jiménez Puerto (folio 349), Mónica Ruiz Botero (folio 358), Germán Ricardo Sáchica Rengifo (folio 394) y Luis Fernando Estrada Garcés (folio 326).

Si bien se decretaron algunos testimonios adicionales solicitados por las partes, éstos no fueron practicados, toda vez que fueron desistidos por ellas, petición que fue aprobada por el Despacho.

Rendido el informe motivado por parte de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, del mismo se corrió traslado a las partes para que emitieran sus alegaciones. Durante este término, el actor, Jorge Enrique Gallego Cruz, guardó silencio, mientras la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. presentó oportunamente sus comentarios, en los cuales se muestra conforme con la evaluación del caso y con la sugerencia al Superintendente de Industria y Comercio de no declarar la incursión de la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt S.A. en actos de competencia desleal.

2. Legitimación

Se analizará si existe legitimación activa por parte del señor Jorge Enrique Gallego Cruz para obtener las declaratorias que plantea en sus pretensiones contra O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., y si ésta se encuentra legitimada en la causa para que le sean aplicadas. De llegarse a una respuesta negativa frente a cualquiera de los supuestos arriba citados, el análisis concreto de las actuaciones cuestionadas no será necesario, pues los supuestos básicos para un fallo favorable habrán desaparecido y las pretensiones deberán ser declaradas infundadas.

2.1 Legitimación Activa.

En cuanto a la legitimación activa, las normas que resultan relevantes al presente proceso son el artículo 21 de la Ley 256 de 1.996, en armonía con el artículo 3º del mismo ordenamiento.

Así las cosas, 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"*, y por su parte el artículo 3º del mismo ordenamiento determina que dicha ley *"se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado"*, sin que pueda supeditarse su aplicación a *"la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal."*

En el presente proceso, a pesar de que los contratos base de la exposición fáctica del caso se celebraron entre O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. y el consorcio AQX-MDA, del cual era representante el señor Jorge Enrique Gallego Cruz, es éste como persona natural quien instaura la acción por competencia desleal apoyándose en el hecho de haber sido él quien desarrolló lo que denomina "panel antibalístico en fieltro punzonado", producto que constituyó el objeto de los contratos mencionados, y, por lo tanto, quien puede ver sus intereses perjudicados o amenazados directamente por los actos de competencia desleal que denunció.

No obstante que la Ley 256 de 1996 no exige una relación de competencia entre el sujeto activo y el pasivo de un acto de competencia desleal, lo cierto es que tal relación de competencia sí se presenta en el presente caso, pues el señor Jorge Enrique Gallego Cruz ofrece en el mercado su producto de blindaje "panel antibalístico en fieltro punzonado", y la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. desarrolla su actividad en dicho mercado. En consecuencia, entre los sujetos del proceso sí existe una relación de competencia, toda vez que las partes disputan una misma clientela actual o potencial.

Así las cosas, dado que el señor Gallego Cruz ofrece en el mercado el producto "panel antibalístico en fieltro punzonado" en desarrollo de su profesión de arquitecto, por tanto, el señor Gallego Cruz se encuentra legitimado para impetrar la acción frente a terceros y en particular de O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., en la medida que puede ver afectados sus intereses económicos con las resultas del proceso.

En este orden de ideas, no es procedente la excepción propuesta por la sociedad accionada, en el sentido de que el actor no cuenta con legitimación activa para entablar la acción.

2.2 Legitimación Pasiva.

De conformidad con el inciso primero del artículo 22 de la Ley 256 de 1996, *"las acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal"*. En el presente caso se tiene que, independientemente del análisis sobre lealtad o deslealtad de las conductas, los hechos en los que se fundamentan las pretensiones del actor le han sido atribuidos a la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., participante en el mercado del blindaje, tal como se demuestra a través del certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. (folio 249 del cuaderno 1). En consecuencia, la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. se encuentra legitimada por pasiva frente a la acción impetrada en su contra.

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.

3.1 Ámbito objetivo de aplicación

En el artículo 2 de la Ley 256 de 1996 se circunscribe el ámbito objetivo de aplicación: *"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 caso presente, los sujetos enfrentados son una persona natural, el arquitecto Jorge Enrique Gallego Cruz, y una sociedad comercial, O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. cuyos ánimos concurrenciales se realizaron y exteriorizaron en el mercado colombiano y en sí mismos fueron idóneos para mantener o incrementar su participación en el mismo. No habiendo sido desvirtuada, opera la presunción de que los actos de los sujetos procesales tuvieron finalidad concurrencial.

3.2 Ámbito subjetivo de aplicación

El artículo 3 de la Ley 256 de 1996 establece: *"Ámbito subjetivo de aplicación. 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."*

El sujeto activo es una persona natural, que ofrece en el mercado sus servicios en desarrollo de su actividad profesional y que, además, es oferente de un producto de blindaje. El sujeto activo es una sociedad comercial, cuya finalidad concurrencial se expone en el objeto social de su actividad.

3.3 Ámbito territorial de aplicación

El artículo 4 de la Ley 256 de 1996 dispone: *"Esta ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano."*

Los hechos que motivaron la acción tuvieron ocurrencia en territorio colombiano. Por lo tanto, de comprobarse la ocurrencia de actos de competencia desleal, los efectos se producirían o estarían llamados a producirse en el territorio colombiano.

4. Análisis de lealtad de la conducta de O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A.

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

4.1 Consideraciones Generales

La Ley 256 de 1996 es una disposición que se aplica en forma general a todo el mercado y que busca que quienes en éste participan, sean o no comerciantes, se abstengan en emplear en sus actos competitivos, medios o mecanismos que puedan ser calificados como desleales.

En tal sentido, la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela, ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino solamente la utilización de medios indebidos para competir, los cuales, precisamente por ser indebidos, distorsionan la realidad del mercado, pueden causar perjuicio injustificado a quienes los sufren y rompen la igualdad de quienes compiten lealmente en el comercio, al generar frente a estos últimos, un desequilibrio que sólo se rompería si los competidores leales se vieran obligados también a emplear métodos desleales, lo cual resultaría igualmente reprochable, generándose un caos total en el mercado y exponiéndose al consumidor a las consecuencias nefastas que tal realidad comercial traería.

Lo anterior explica las razones por las cuales el legislador dispuso en el artículo 1º de la Ley 256 de 1996, que dicha regulación se aplicará sin perjuicio de otras formas de protección, pues independientemente que el acto desleal infrinja otro ordenamiento, la Ley 256 de 1996 no sanciona el comportamiento por infringir el otro ordenamiento, sino por ser desleal y por los efectos nocivos que el actuar indebido genera para los afectados directos por el acto y consecuencialmente para los consumidores.

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, lealtad cuya noción y fundamento se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 7º de la propia regulación y en los desarrollos que de dicho inciso se hace en las normas subsiguientes del capítulo segundo de la Ley 256 de 1.996.

El inciso primero del artículo 7º de la Ley 256 establece lo siguiente:

"Artículo 7º.- Prohibición general. 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".

La noción de lealtad arriba citada encuentra su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado de respetar en sus actuaciones la buena fe comercial, por lo cual incurren en competencia desleal, quienes con su conducta violan dicho deber. Esta interpretación, acorde con el contenido ético que envuelve el concepto de deslealtad, permite concluir, como lo hizo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año de 1.958³, que actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

Finalmente, al contener el inciso primero del artículo 7º de la Ley 256 de 1996 una prohibición general, ésta irradia y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, las cuales establecen a título enunciativo algunos actos que el legislador ha considerado que son desleales, por ser conductas opuestas a la manera corriente de quienes obran honestamente en el mercado.

4.2. Análisis de lealtad en el caso concreto.

4.2.1 Conducta de O'Gara-Hess frente al artículo 16 de la Ley 256 de 1996 - Violación de secretos

El artículo 16 de la Ley 256 de 1996 dispone: *"Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.*

"Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otra normas establezcan.

"Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 2º de esta ley."

Los elementos del secreto empresarial y la extensión de los derechos que pueden adquirirse sobre él, están establecidos en los artículos 260 y 262 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 260: *"Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:*

"a) Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

"b) Tenga un valor comercial por secreta; y

"c) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

"La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios".

Artículo 262: *"Quien lícitamente tenga control de un secreto empresarial, estará protegido contra la divulgación, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros. Constituirán competencia desleal los siguientes actos realizados respecto a un secreto empresarial:*

"a) explotar, sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso con sujeción a una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Doctor Arturo Valencia Zea. Bogotá, junio 23 de 1958.

"b) comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar a dicho poseedor;

"c) adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos;

"d) explotar, comunicar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en el inciso c);

"e) explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en el inciso c), o que no tenía autorización de su poseedor legítimo para comunicarlo;

"f) comunicar o divulgar el secreto empresarial obtenido conforme al inciso e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al poseedor legítimo del secreto empresarial; o,

"Un secreto empresarial se considerará adquirido por medios contrarios a los usos comerciales honestos cuando la adquisición resultara, entre otros, del espionaje industrial, el incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad, o la instigación a realizar cualquiera de estos actos".

En los términos del artículo 16 de la Ley 256 de 1996, la configuración del ilícito concurrencial de violación de secretos dependerá de la presencia de los siguientes elementos:

a) Existencia de un secreto comercial o industrial.

b) Divulgación o explotación del secreto por un tercero que accedió a éste legítimamente pero con deber de reserva, o que accedió a éste ilegítimamente a consecuencia de espionaje o procedimientos análogos, o a través de violación de norma, y

c) Divulgación o explotación del secreto sin autorización de su titular.

En relación con el primer elemento de la configuración del ilícito, la existencia de un secreto comercial o industrial, deben darse las siguientes condiciones:

- Que se verifique la existencia de un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, hechos, actividades y cuestiones similares;

- Que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros;

- Que dicho secreto recaiga sobre procedimientos o experiencias industriales o comerciales, o esté relacionado con la actividad de la empresa o su parte organizativa;

- Que los titulares del secreto tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello⁴; y,

- Que la información tenga "un valor comercial, efectivo o potencial, en el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen"⁵.

⁴ 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, p. 93-94.

⁵ ESCUDERO, Sergio. La Protección de la Información no Divulgada. En: Los Retos de la Propiedad Industrial en el siglo XXI, p. 321.

Conforme con lo expuesto, podría constituir secreto comercial cualquier tipo de información sea técnica, comercial o de negocios, incluyendo procesos secretos, fórmulas, programas, especificaciones de productos, dibujos, planes de comercialización, listas de clientes, programas de computadoras, información de investigación y desarrollo, planes especiales de precio, información sobre costos o cualquiera otra información confidencial, siempre que se cumpla con los requisitos a los cuales se ha hecho referencia en los párrafos precedentes.

En el caso en estudio, nótese que faltan elementos esenciales para la comprobación plena de la violación de secretos establecida en el artículo 16 de la ley 256 de 1996:

a) Existencia de un secreto comercial o industrial

- Verificación de la existencia de conocimientos especiales que versen sobre actividades profesionales.

El producto sobre el cual versa la controversia entre el arquitecto Jorge Enrique Gallego Cruz y la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. es el "panel antibalístico de fieltro punzonado", empleado para el blindaje de puertas y ventanas, cuya utilidad especial consiste en cumplir con el nivel III de protección, la disminución del peso y la reducción de costos. De acuerdo con el dicho de la mayoría de testigos, quienes, a su vez, son técnicos en materia de blindaje y arquitectura, el fieltro o cobija de gamin como relleno de blindajes no se había empleado por ellos antes de que lo hiciera el denunciante. También se probó que los contratos de blindaje arquitectónico que MSD le adjudicara a O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. se subcontrataron con el consorcio AQX-MDA merced a las ventajas que representaba el producto.

El Despacho encuentra que en efecto se requerían conocimientos especiales de arquitectura y de blindaje para producir las puertas y ventanas elaboradas por el señor Gallego Cruz.

- Que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros.

No se observa en el expediente prueba alguna sobre la advertencia de la confidencialidad con la que debería tratarse la información que el arquitecto Gallego Cruz le daba a O'Gara-Hess sobre el "panel antibalístico de fieltro punzonado". Tampoco existe en los contratos de obra cláusula alguna sobre la reserva de información tecnológica a la que estaba obligada la sociedad contratante.

Al revisar el anexo 3 del escrito por medio del cual se interpuso la acción, en el que obran los contratos del 20 de noviembre de 2001, del 26 de diciembre de 2001 y del 11 de enero de 2002, suscritos entre la empresa contratista Arquitectsa Ltda., representada por el denunciante, señor Jorge Enrique Gallego Cruz, y la sociedad contratante O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., la omisión de la cláusula de reserva es evidente.

En efecto, el objeto contractual se expresó así en todos los casos: *"PRIMERA.- El contratista se obliga para con el contratante a ejecutar la obra de acuerdo con la descripción y con los planos, especificaciones y cotizaciones previamente aprobados, que se anexan al presente contrato como parte del mismo. El contratante se reserva el derecho a rechazar cualquier parte de la obra o del material que no esté acorde con las especificaciones del contrato o de seguridad exigidas"*.

Las especificaciones técnicas obligaban a la instalación de fieltro al blindar puertas y ventanas, sin precisar que se trataban de las dictadas por el denunciante y sin hacer mención alguna de la transferencia de información tecnológica por parte del subcontratista y al deber de confidencialidad del contratante⁶.

Por lo anterior, juzga el Despacho que no se demostró la voluntad del denunciante en hacer inaccesible a terceros la información, como tampoco se prueba el interés consciente del demandante de mantener secreta y reservada la información sobre el "panel antibalístico en fieltro punzonado", adoptando las medidas necesarias para ello.

⁶ Folios 136, 198 y 239.

TESTIMONIO DE JORGE ENRIQUE ESGUERRA GOUFFRAY, preguntas 17, 20, 21, 28, 38 folios 317 a 320.

TESTIMONIO DE LUIS FERNANDO ESTRADA GARCÉS, preguntas 6, 9, 12, 14, 21, folios 327 a 329.

TESTIMONIO DE GERMÁN RICARDO SÁCHICA RENGIFO, preguntas 6, 7, 8, 22, 29, folios 394, 395, 397 y 398.

Teniendo en cuenta la correspondencia unívoca que la ley exige de los presupuestos establecidos tanto por la Decisión de la Comunidad Andina como por la Ley de Competencia Desleal para considerar la conducta desleal por de violación de secretos, se concluye que no habiéndose probado el primero de ellos, la conducta denunciada no se adecúa al tipo del artículo 16 de la Ley 256 de 1996.

4.2 Conducta de O'Gara-Hess frente al artículo 10 de la Ley 256 de 1996 - Actos de confusión

La Ley 256 de 1996, artículo 10 dispone: *"En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París⁷, aprobado mediante ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos."*

Dado que el artículo 10º de la Ley 256 de 1996 se encuentra en concordancia con el numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, se concluye que por mandato expreso del artículo 10º, lo dispuesto en dicha norma concuerda con lo previsto por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, según el cual "...deberá[n] prohibirse 1. Cualquier acto capaz de crear confusión por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad comercial de un competidor".

Así las cosas, las causales previstas por el régimen de competencia desleal colombiano como constitutivas de competencia desleal por confusión, son las siguientes:

- Cualquier acto capaz de crear confusión, respecto del establecimiento, los productos o la actividad comercial de un competidor;
- Toda conducta que tenga por objeto, crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos;
- Toda conducta que tenga como efecto, crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

De esta forma el artículo 10 de la Ley 256 de 1.996, en concordancia con el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París y con el numeral 2 del artículo 20 de la Ley 256 de 1.996⁸, sanciona tanto las actuaciones que intencionalmente se realizan para crear confusión⁹, como la confusión creada y la posibilidad de que la confusión se presente, lo cual ha sido denominado por la doctrina como el riesgo o peligro de confusión, o confundibilidad¹⁰.

Un acto es capaz de crear confusión, cuando la conducta desarrollada por el actor es apta, tiene las cualidades o puede producir en los receptores de la misma una mezcla de identidades (confusión en sentido estricto), o cuando puede llevar a dichos receptores a considerar que entre la persona que realiza el acto y otra empresa o establecimiento, existe una vinculación o una relación comercial que lleve al consumidor a pensar que los

⁷ CONVENIO DE PARÍS, artículo 10 bis, numeral 3, punto 1: "En particular deberán prohibirse: a) cualquier acto capaz de crear una confusión por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;"

⁸ El numeral 2 del artículo 20 de la Ley 256 de 1.996, establece la "Acción preventiva o de prohibición".

⁹ Por confusión se entiende la mezcla de identidades entre dos personas, productos, empresas, establecimientos u oferentes. En consecuencia, normalmente la confusión se presenta mediante signos distintivos (marcas, nombres y ensaños comerciales) signos de identificación, elementos de comunicación (publicidad, relaciones públicas, etc.) o productos.

¹⁰ Entre otros: DE LA CUESTA, José María "Supuestos de Competencia Desleal por Confusión, Imitación y Aprovechamiento de la Reputación Ajena". MONTEAGUDO, Montiano "El Riesgo de Confusión en Derecho de Marcas y en Derecho contra la Competencia Desleal". VIRGOS SORIANO, Miguel "El Comercio Internacional en el Nuevo Derecho Español de la Competencia Desleal". BAYLOS CORROZA, Hermenegildo "Tratado de Derecho Industrial". ASCARELLI, Tulio "Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales". GALLEGOS RIVAS, Francisco "Funciones y Fines de las Marcas". BARRÓN FLORES, María Katia "Competencia Desleal y Economía". INDECOPI "Lineamientos Sobre Competencia Desleal". LEYVA GÓMEZ, Delio "De las Restricciones, del Abuso y de la Deslealtad en la Competencia Económica". AP PAMPLONA, Secc. 1.ª Sentencia del 4 May. 1998 - Proceso de Antonio Puig, S.A., y Kinesia, S.A., y Krammer Hispania, S.A., sobre competencia desleal - Ponente: Sra. Erice Martínez.

productos, servicios o marcas de quien genera la confusión, son hechos o se encuentra bajo la responsabilidad de la persona o sociedad con la cual la confusión se genera (confusión en sentido amplio)¹¹.

La no exigencia de la confusión, sino el riesgo de que ésta se presente, encuentra su fundamento en el doble carácter sancionador y preventivo de la competencia desleal, el cual se refleja en la descripción de las conductas descalificables y en la consagración en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 de acciones preventivas y de prohibición que permiten a quien piense que puede ser afectado por la conducta, actuar contra actos que aún no han producido perjuicios, e inclusive, contra actos que aún no se han perfeccionado.

De acuerdo con los términos de la acción, la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., presuntamente habría incurrido en actos de competencia desleal de confusión, al copiar completamente el sistema de blindaje, "panel antibalístico de fieltro punzonado", del señor Jorge Enrique Gallego Cruz.

En sus testimonios, los señores Jorge Enrique Esguerra Gouffray¹², Luis Fernando Estrada Garcés¹³, María Bibiana Jiménez Puerto¹⁴, Carlos Enrique González Blanco¹⁵ y Germán Ricardo Sáchica Rengifo¹⁶ reconocen la ejecución por O'Gara-Hess, de obras contratadas por MSD, utilizando relleno de fieltro o cobija de gamín para blindar puertas y ventanas.

El argumento de la parte denunciante en cuanto a la comisión de actos de confusión por parte de O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., es el siguiente: *"En efecto, debe entenderse que aunque no esté de por medio un signo distintivo, puede producirse una confusión, si el consumidor o el público consideran que las prestaciones mercantiles provenían de una empresa que era la única en el mercado que elaboraba de manera tan específica los bienes ofrecidos.*

"La Sociedad Denunciada, luego de conocer la forma como mi poderdante realizaba los blindajes a través del panel específico, comenzó a utilizarlo en nuevas obras, para lo cual me remito al Anexo No. 3 de la Solicitud inicialmente presentada a esa Superintendencia..."¹⁷.

Si bien existe en el expediente pruebas que demuestran que O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. continuó utilizando en las obras contratadas el sistema de blindaje implementado por el señor Jorge Enrique Gallego a través de otros subcontratistas, no encuentra el despacho prueba alguna de la cual se deduzca que la sociedad accionada de alguna forma haya tratado de dar la apariencia que las puertas y ventanas que estaban instalando fueran las producidas por el señor Jorge Enrique Gallego; muy por el contrario, se demostró que apenas fue retirado el señor Gallego como sub-contratista de O'Gara-Hess, este hecho fue informado a la sociedad MSD.

Por otra parte, tampoco existe en el expediente prueba alguna que demuestre que los clientes identifican los productos del demandante exclusivamente con él y que en consecuencia, al ver instalada una puerta o una ventana, sabrían o podrían creer que dicha puerta o ventana es fabricada por el señor Gallego Cruz, cuando en realidad es fabricada e instalada por otra persona. La ausencia de signos distintivos y de elementos que permitan fácilmente asociar los productos del señor Gallego Cruz con su procedencia empresarial, corroboran lo anterior, pues el parecido en la apariencia externa de los productos (puertas y marcos de ventanas) son similares en todo el mercado, y solamente son diferenciables por las marcas o elementos de asociación e identificación empresarial que en ellas coloquen sus responsables; en el presente caso, no se demuestra que el señor Gallego Cruz identificara sus productos con alguna enseña propia que pudiera diferenciarlo de los demás.

De los juicios anteriores, resulta la no incursión de la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., en actos de confusión, de acuerdo con los elementos normativos del artículo 10 de la Ley 256 de 1996.

¹¹ MONTEAGUDO, Montiano. Op. Cit. En igual sentido, DE LA CUESTA, Op. Cit., ASCARELLI, Op. Cit. entre otros.

¹² TESTIMONIO DE JORGE ENRIQUE ESGUERRA GOUFFRAY, preguntas 12, 17, 20, 21, 28, 33, 35 y 49, folios 316 a 322.

¹³ TESTIMONIO DE LUIS FERNANDO ESTRADA GARCÉS, preguntas 6, 9, 12, 21 y 27, folios 327 a 330.

¹⁴ TESTIMONIO DE MARÍA BIBIANA JIMÉNEZ PUERTO, preguntas 11, 12, 24, folios 350 a 353.

¹⁵ TESTIMONIO DE CARLOS ENRIQUE GONZÁLEZ BLANCO, preguntas 24, 29 y 30, folios 372 y 373.

¹⁶ TESTIMONIO DE GERMÁN RICARDO SÁCHICA RENGIFO, preguntas 7, 10, 13, 15 y 28, folios 395 a 398.

¹⁷ Folio 219.

4.3 Conducta de O'Gara-Hess frente al artículo 15 de la Ley 256 de 1996 - Actos de Explotación de la Reputación Ajena

La Ley 256 de 1996 en su artículo 15 establece: *"Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como 'modelo', 'sistema', 'tipo', 'clase', 'género', 'manera', 'imitación', y similares".

El aprovechamiento de la reputación ajena constituye una forma parasitaria de competir, pues implica tener una presencia en el mercado a costa del esfuerzo económico e intelectual de un tercero. Tal actitud perjudicial para el competidor agredido, genera consecuencias nefastas para el consumidor que en no pocas ocasiones es víctima de la confusión que trae consigo este tipo de conductas, toda vez que lo que busca quien en ellas incurre, es crear en el público una asociación con las calidades y reputación de aquel oferente en el cual se apoya. En consecuencia, esta conducta viola el principio de transparencia que debe existir en el mercado, atentando en forma directa contra la leal competencia.

Para que se den los supuestos contemplados en el inciso primero del artículo 15 de la ley 256 de 1996, es necesario que quien presenta una pretensión con base en esta norma, demuestre i) que ha adquirido una reputación en el mercado que le otorgan una ventaja sobre los competidores; y ii) que el demandado aprovechó en su beneficio o en el de un tercero, las ventajas que otorga dicha reputación.

En el presente proceso el denunciante Jorge Enrique Gallego Cruz, aporta su hoja de vida, y algunas certificaciones¹⁸, en las que lo único que se infiere es la ejecución de algunas obras por parte del denunciado, de la sociedad Arquitectsa Ltda. y del Consorcio AQX-MDA, pero en ninguno de ellos se hace alusión al grado de reconocimiento en el mercado suficiente para acreditar la reputación del denunciante.

En consecuencia, no estando acreditada la supuesta reputación y las ventajas competitivas que de ésta se desprende, no encuentra el Despacho que haya habido un aprovechamiento indebido de tal reputación.

Por otra parte, el supuesto contemplado en el inciso segundo del artículo 15 de la Ley 256 de 1996 tampoco se cumple, pues al estar probado que no existen signos distintivos que identifiquen al demandante, mal podría pensarse que el demandado realizó un uso no autorizado de éstos.

Por lo anterior, el artículo 15 de la ley 256 de 1996 sobre aprovechamiento de la reputación ajena no fue infringido por la parte demandada.

4.4 Conducta de O'Gara-Hess frente al artículo 11 de la Ley 256 de 1996 - Actos de imitación

La Ley 256 de 1996 dispone en su artículo 14: *"La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.*

"No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

¹⁸ Una certificación de la Organización Indígena de Antioquia OIA, según la cual ha llevado a cabo obras de instalación y adecuación de sistemas electrónicos, ventanas y puertas de seguridad (folio 16); otra, referida a la sociedad Arquitectsa Ltda. en la que consta que ha ejecutado la instalación y montaje de la ventanería blindada y los antepechos en bronce del edificio Nuevo Palacio de Justicia en Bogotá para la sociedad Insulgard Corporation (folio 30); y dos más en relación con el Consorcio AQX-MDA, expedida por Management Sciences for Development, Inc. MSD, sobre la realización, para el Ministerio del Interior, del blindaje arquitectónico y suministro de equipos electrónicos, de acuerdo con el contrato PJ0722001 (folio 31), y la última, por la Organización Indígena de Antioquia O.I.A., sobre la instalación y adecuación de sistemas electrónicos, ventanas y puertas de seguridad, del 6 al 17 de agosto de 2001 (folio 33).

"La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

"También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado."

En un régimen de libre competencia como el nuestro, los agentes económicos son libres de imitar las prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas, salvo que tal imitación, siendo exacta y minuciosa, genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, o cuando sistemáticamente se imiten las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor, como desarrollo de una estrategia encaminada a impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado de dicho competidor y exceda lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.

En el presente proceso, no hay duda de que la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., en la ejecución de los contratos para MSD del 20 de noviembre de 2001, del 26 de diciembre de 2001 y del 11 de enero de 2002, utilizó el "panel antibalístico en fieltro punzonado" -cuya creación reclama el arquitecto Jorge Enrique Gallego Cruz-, pues fue el mismo denunciante quien lo ofreció a la sociedad O'Gara-Hess, logrando con esto la remoción del subcontratista Jorge Gómez y la adjudicación de los contratos referidos¹⁹. Ese uso del producto se dio aun cuando el arquitecto Gallego Cruz había sido reemplazado en la ejecución del último contrato, por el arquitecto Luis Fernando Estrada Garcés, a partir del 1 de febrero de 2002²⁰.

No obstante lo anterior, y tal y como se desprende de la Ley 256 de 1996, la identidad de la prestación mercantil lograda por la imitación, por sí misma está lejos de ser condenable a la luz de nuestra legislación, a menos que tal imitación genere confusión o implique un aprovechamiento de la reputación ajena.

En el caso que se estudia, y como se dijo al analizarse las pretensiones sobre confusión y aprovechamiento de la reputación ajena, no existe prueba en el expediente que evidencie que tales conductas indeseables se hayan presentado, pues por lo demás, éstas se encuentran descartadas.

Por lo anterior, el Despacho no encuentra probada la incursión de la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. en actos de competencia desleal por imitación, conforme a los presupuestos del artículo 14 de la Ley 256 de 1996.

4.5 Conducta de O'Gara-Hess frente al artículo 18 de la Ley 256 de 1996 - Violación de normas

En el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 se ha dispuesto lo siguiente: *"Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a sus competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa"*

Los argumentos del actor para explicar la comisión de actos de competencia desleal por violación de normas por parte de la sociedad denunciada, son los siguientes:

"Aquí Resulta(sic) claro que ha ocurrido una violación de las normas que protegen los secretos empresariales y las patentes, ya que sin duda alguna el PANEL ANTIBALÍSTICO EN FIELTRO PUNZONADO, constituía un procedimiento no divulgado, que estaba conformada(sic) por un conjunto y configuración de componentes, que no era fácilmente conocida o accesible por quienes se encuentran en el medio del blindaje arquitectónico, y sin duda tiene un valor comercial por ser una invención de gran utilidad, razón por la cual se ha solicitado su patente de

¹⁹ TESTIMONIO DE JORGE ENRIQUE ESGUERRA GOUFFRAY, preguntas 20, 21, 22, 28, folios 318 y 319.
TESTIMONIO DE LUIS FERNANDO ESTRADA GARCÉS, preguntas

²⁰ TESTIMONIO DE JORGE ENRIQUE ESGUERRA GOUFFRAY, preguntas 2, 5, 6, 38, 48, folios 314, 315, 320 y 322.
TESTIMONIO DE LUIS FERNANDO ESTRADA GARCÉS, preguntas 5, 6, 11, 12, 21, 27, folios 326 a 330.
TESTIMONIO DE CARLOS ENRIQUE GONZÁLEZ BLANCO, preguntas 29, 30, folio 373.

invención a la Superintendencia de Industria y Comercio. Por ello resulta reprochable que la sociedad O'GARA HESS & EISENHARDT, esté utilizando el PANEL ANTIBALÍSTICO EN FIELTRO PUNZONADO en sus actividades productivas, industriales y comerciales⁷²¹.

Y en escrito posterior, ampliando la denuncia, expone: "Lo que la norma quiere evitar claramente, es que un competidor, como en este caso lo hace el denunciado, adquiera una ventaja mediante la infracción de una norma jurídica. Y aquí, de bulto, son muchas las normas que se han violado como de plano lo puede advertir la Superintendencia, esto, sin mencionar siquiera las normas sobre propiedad industrial que también protegen a mi poderdante que ha solicitado una patente como se explicó en la Solicitud(sic) inicial, y sin entrar a discutir si esa Superintendencia es competente para conocer casos de competencia desleal provenientes de propiedad industrial, aunque en mi opinión a todas luces la respuesta debe ser positiva". (Subraya del Despacho)

Como lo demuestra el texto transcrito, la parte accionante no especifica la norma que considera violada y no expone ni acredita la significatividad de la ventaja competitiva que adquirió o podría adquirir el accionado por efecto de la infracción. Lo dicho implica que, aunque el juzgador se reserve su facultad oficiosa, son las partes quienes deben impulsar el proceso y, en consecuencia, deben fundamentar apropiadamente sus acusaciones y probar lo que afirman de manera suficiente con el objeto de que quien juzga tenga la ilustración suficiente, esto es, el enriquecimiento del criterio objetivo de valoración de las pruebas que le permita decidir de fondo en relación con las pretensiones de la acción por presuntos actos de competencia desleal.

Sin embargo, de acuerdo con el análisis de cada conducta endilgada por el actor a O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., el Despacho puede concluir que no observa la incursión de esa sociedad en violación de normas sobre marcas, patentes o secretos industriales.

Por tanto, se tiene que al no concretar la acusación en el sentido de indicar claramente qué norma o normas estaba violando el denunciado, y tampoco encontrar este Despacho que efectivamente se haya violado norma alguna, se debe negar la petición del actor, en el sentido de declarar que la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt infringió el artículo 18 de la ley 256 de 1998.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. La Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de sus facultades jurisdiccionales, declara que la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. no incurrió en los actos de competencia desleal descritos en los artículos 10, 14, 15, 16 y 18 de la ley 256 de 1996.

ARTÍCULO SEGUNDO. Declárase infundada la excepción de falta de legitimación activa presentada por la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A.

ARTÍCULO TERCERO. Notifíquese el contenido de la presente resolución personalmente y en su defecto por edicto, al doctor César Torrente Bayona, apoderado del accionante, señor Jorge Enrique Gallego Cruz, y al doctor Jaime Guillermo Dallos Báez, apoderado de la sociedad accionada, O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., entregándoles copia de la misma e informándoles que contra ésta procede recurso de apelación interpuesto por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el acto de notificación, o dentro de los tres (3) días siguientes de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D.C., a 03 SET. 2003

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificaciones:

Doctor

CÉSAR TORRENTE BAYONA

C.C. No. 91.207.660

Apoderado

JORGE ENRIQUE GALLEGU CRUZ

Calle 72 No. 3-41

Fax 2 11 26 50

Bogotá, D.C.

Doctor

JAIME GUILLERMO DALLOS BÁEZ

C.C. No. 19.479.929

Apoderado

O'GARA-HESS & EISENHARDT DE COLOMBIA S.A.

Nit 08300483621

Carrera 13 No. 86 A – 77, oficina 501

Bogotá, D.C.

Radicado: 02038608

JJK/agl