



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **38784** DE 2002
(29 NOV. 2002)

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)

en uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO. Mediante escrito radicado bajo el número 01042190 - 00020003, el abogado **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**, en su calidad de apoderado de las sociedades **INTERMARKETING EXPRESS LTDA., COSMÉTICOS CARDY S.A., SVIK S.A., y STELLA DURAN PRODUCTOS NATURALES S. en C.S** (en adelante mencionados en forma colectiva como **INTERMARKETING et al**), presentó recurso de reposición contra el acto administrativo radicado bajo el número 01042190 - 00020001 del 25 de septiembre de 2002, mediante el cual esta Entidad negó la adopción de unas medidas cautelares. El objeto del recurso es que revoque la decisión aludida y se ordene el decreto y práctica de las medidas cautelares solicitadas, fundamentando su petición de la siguiente manera:

1. Es importante tener en cuenta que la orientación de la totalidad de la legislación de libre competencia tiene una indudable característica *ex - ante*, lo cual quiere decir que la autoridad de la competencia puede y debe intervenir las conductas de los agentes económicos cuando vulneren las normas sobre libre y leal competencia, sin que se requiera la demostración de la realización de un perjuicio. Este carácter *ex - ante* es compartido por las normas sobre competencia desleal, aún las que existían en el Código de Comercio, como lo señaló claramente la Corte Suprema de Justicia en el caso de Frisby contra Pinky; pero más aún bajo el imperio de la Ley 256 de 1996, en la cual claramente se establece una acción de carácter preventivo, así como la posibilidad de aplicación de medidas cautelares.¹
2. En adición a que la normatividad es de carácter *ex - ante*, resulta claro que la aplicación de una medida cautelar tiene el efecto de impedir que se produzca un perjuicio que a juicio de la autoridad que la aplica, tiene una probabilidad seria de ocurrir. En efecto, cuando el numeral 11 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 establece que la SIC puede "*ordenar como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones a que se refiere el numeral anterior*", de ninguna manera está requiriendo que se demuestre la ocurrencia del perjuicio para poder actuar, puesto que la medida cautelar o precautoria pretende precisamente impedir que dicho perjuicio se produzca.
3. Es preciso aclararle al despacho, que la solicitud de medida cautelar pretende precisamente que se suspendan los actos de imitación que mis poderdantes han venido padeciendo desde antes de la radicación de la denuncia, razón por la cual el memorial que solicita la cautela hace un recuento completo de los actos de imitación de que han sido víctimas **INTERMARKETING et al** desde tiempo atrás. Como es imposible pedir una medida cautelar genérica, que se refiera a cualquier clase de

¹ Posiblemente la única parte del Derecho de la Competencia que tiene una característica *ex post*, es el Derecho Antidumping, en el cual la demostración del perjuicio o el grave peligro de perjuicio es un elemento estructural de la infracción.

Por la cual se resuelve un recurso

producto, lo que se ha hecho es relacionar los productos que se han sacado recientemente al mercado o que están por comercializarse, con el objeto, de que a dichos productos se extienda la protección de la cautela.

4. Lo anterior no quiere decir que se solicite la prohibición o mera abstención de una conducta que no ha ocurrido, porque repito, mis clientes han sido víctimas de numerosos actos de imitación respecto de sus productos y las, pruebas de la existencia de dichas conductas se encuentran dentro del expediente, razón por la cual no se trata de una mera expectativa. Lo que se trata de impedir es que dichas conductas de imitación, se extiendan a estos nuevos productos, con lo cual se le causarían mayores perjuicios a mis poderdantes.
5. La posición que ha asumido la SIC en el auto impugnado implicaría que mis poderdantes deben esperarse a que los denunciados les copien también los productos nuevos que se pretende proteger, ya que solamente cuando el perjuicio se haya causado y la clientela se encuentre confundida y desviada, se solicite la intervención de la SIC. Esta posición hace que la medida cautelar pierda su verdadero significado preventivo y que el Derecho de la Competencia pierda su característica *ex ante*.
6. debe reiterarse que en el expediente, así como en la solicitud de medidas cautelares se aportan pruebas que permiten demostrar la imitación reiterada y sistemáticas de la iniciativas empresariales de mis poderdantes. La prueba que hecha de menos y solicita la SIC, consiste en la demostración de la imitación de los productos, la cual no puede aportarse toda vez que precisamente se busca proteger el desarrollo y composición de los productos descritos en la solicitud original.

Conforme a lo anterior, solicito respetuosamente a la SIC proceder al decreto de la medida cautelar solicitada, como quiera que obran pruebas que acreditan la situación de imitación reiterada, sistemática y minuciosa de los productos de INTERMARKETING *et al*, y la necesaria protección de sus iniciativas empresariales a efectos de evitarles mayores perjuicios a los ya sufridos."

SEGUNDO: Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 59 del código contencioso administrativo, la decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso.

1. Naturaleza de la medida cautelar solicitada

El numeral 11, artículo 4° del decreto 2153 de 1992, establece como una de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio la de "Ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones a que se refiere el numeral anterior."

Como bien lo expresa el recurrente, la orientación de las normas sobre Promoción de la Competencia y Prácticas Comerciales Restrictivas está encaminada hacia el control *ex - ante*, es decir, la intervención del ente de competencia no requiere la demostración de un perjuicio emanado de la vulneración endilgada. Sin embargo, dicho tipo de control no se refiere a la aplicación de medidas cautelares frente a conductas que aún no han ocurrido y cuya inminencia no se encuentra demostrada.

Considera el apoderado que la solicitud de medida cautelar pretende Precisamente que se suspendan los actos de imitación que se han venido presentando, por lo que se hace un recuento completo de los actos de imitación desde tiempo atrás y que ante la imposibilidad de pedir una medida cautelar genérica, que se refiera a cualquier clase de producto, se relacionaron los productos que se han sacado recientemente al mercado o que están por comercializarse, con el objeto, de que a dichos productos se extienda la protección de la cautela.

No comparte este Despacho la posición expuesta por el recurrente en donde se plantea la solicitud de

Por la cual se resuelve un recurso

medidas cautelares por actos de imitación de manera general sin realizar un análisis específico de las prestaciones mercantiles presuntamente vulneradas. La imitación no puede ser analizada como una conducta sucesiva en donde los elementos variables son toda clase de productos presentes en el mercado o próximos a salir. Es necesario, que la imitación verse sobre un producto o prestación mercantil específica y que sea sobre ese producto que se puedan estar desarrollando las conductas desleales.

En el caso específico, el hecho de haberse presentado controversias frente a productos ya comercializados no es óbice para alegar la imitación de otros, cuando aún no se conoce siquiera de manera sumaria conductas que puedan hacer presumir frente a éstos una posible imitación.² Los actos de imitación suponen exactitud frente a las prestaciones de un tercero, por lo que no es factible presuponer dicho requisito sin existir de por medio las muestras necesarias que permitan comprobar y concluir una efectiva vulneración.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que la inminencia versa sobre algo que "amenaza o está por suceder prontamente. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética."³

En efecto, en la solicitud impetrada se pretende el recurrente que "los denunciados se abstengan de imitar los productos cuyo nombre y descripción se incluyen a continuación (...)". (Subrayado fuera de texto) Al respecto, es necesario hacer claridad en el sentido de establecer que la medida cautelar solicitada tiene como finalidad la de la abstención de una conducta y no de la suspensión de la misma, entendida ésta como la imitación de los productos cuya protección se invoca, y no de los demás enunciados por el solicitante de las cautelas.

No es viable decretar una medida cautelar consistente en una obligación de no hacer, cuando no se aporta dentro de la petición, elementos probatorios suficientes que permitan inferir la intención del denunciado para realizar o ejecutar la conducta nociva. Es decir, al no existir dentro del expediente prueba alguna de la posible imitación respecto de los productos específicos cuya protección se busca, tampoco cabría el decreto y práctica de una medida cautelar basado en una mera expectativa.

2. Medidas cautelares previstas en la ley de competencia desleal.

Aún cuando la solicitud allegada no se refiere a las medidas cautelares propias de los procesos por competencia desleal previstas en el artículo 31 de la ley 256 de 1996, este Despacho considera pertinente exponer las razones por las cuales tampoco frente a dicha norma se cumplen los presupuestos para la adopción de una cautela como la solicitada.

En efecto, señala el mencionado artículo que "Comprobada 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)

Es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales otorgadas y a petición de parte, está facultada para decretar la práctica de las medidas cautelares que considere convenientes, dentro de una investigación por competencia desleal. De esta manera, para la adopción de medidas cautelares dentro de este tipo de investigaciones, se hace necesario comprobar siquiera sumariamente la realización o inminencia del acto denunciado.

² Sentencia S-9621 de 1995 Corte Suprema de Justicia - Sala Penal : "(...) el ser humano no está en condiciones de advertir, ex ante, sucesos futuros, ni adivinar lo venidero, y menos cuando el porvenir depende de actividades de otros"

³ Radicación T-142/98, Corte Constitucional. Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. 20 abril de 1998

Por la cual se resuelve un recurso

Para esta Entidad, no se encuentra demostrada la inminencia o realización requerida por la norma para la adopción de las mediadas cautelares, toda vez que, no se presenta aún una correspondencia entre los hechos denunciados referentes a los productos específicos próximos a lanzar y las conductas tipificadas como de competencia desleal, no es posible inferir a partir de los elementos probatorios aportados siquiera sumariamente una inminencia de la realización de la conducta por parte de los denunciados, tal como lo exige el artículo 31 de la ley de competencia desleal, no siendo procedente decretar unas cautelas sin cumplirse el referido requisito.

El solicitante supone la futura realización de una imitación sin aportar elementos probatorios suficientes que permitan inferir la inminencia de la conducta respecto a los productos que solicita protección, basando sus argumentos en antecedentes referidos a productos diferentes de los que se invoca protección.

Si bien se realiza una clara exposición de las circunstancias ocurridas respecto al Termo Fat Reductor, Vibro Termofat, Ultra Gym y Tensor Plus, no es posible especular sobre la comisión de un acto que aún no se ha presentado frente a los productos específicamente referenciados como objeto de protección a través de las cautelas. Lo anterior, si se tiene en cuenta que el concepto de inminente aludé a algo que "amenaza o esta para suceder prontamente" y, por ello, no basta con la mera expectativa de que la conducta se ocasione sino que es indispensable que exista la probabilidad de que efectivamente ocurrirá.

En el caso que se estudia el requisito no se cumple. La solicitud presentada no contiene argumento alguno que permita a esta Superintendencia deducir respecto a un próximo lanzamiento de nuevos productos que haya una inminencia en la imitación de los mismos por parte de los denunciados, condición indispensable para decretar una medida cautelar de este tipo.

No obstante, cabe resaltar que las anteriores consideraciones se refieren exclusivamente a la práctica de las medidas cautelares solicitadas, por lo que la investigación surgida a raíz de la denuncia presentada continúa, quedando abierta la posibilidad dentro de la misma, para que la sociedad denunciante aporte los elementos probatorios que demuestren la existencia de actos contrarios a la libre y leal competencia.

En virtud de lo anterior, esta Superintendencia,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la decisión proferida mediante acto administrativo número 01042190 – 00020001 del 25 de septiembre de 2002.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, en su calidad de apoderado de las sociedades INTERMARKETING EXPRESS LTDA., COSMÉTICOS CARDY S.A., SVIK S.A., y STELLA DURAN PRODUCTOS NATURALES S. en C.S, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede ningún recurso y que la vía gubernativa quedó agotada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.
Dada en Bogotá, D.C., a los **29** NOV. 2002

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)


CARLOS GERMÁN CAYCEDO ESPINEL

Por la cual se resuelve un recurso

Notificación:

Doctor

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

C.C. 19.489.933

Apoderado

INTERMARKETING EXPRESS LTDA., COSMÉTICOS CARDY S.A., SVIK S.A., y STELLA DURAN
PRODUCTOS NATURALES S. en C.S

Diagonal 68 No. 11 A - 38

Ciudad.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 38784 de fecha 29/11/2002

fué notificada mediante edicto número 25660

fijado el 20/12/2002 y desfijado el 07/01/2003