



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **40699** DE 2002
(**19 DIC. 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 02097886 – 00010001 del 07 de noviembre de 2002, el abogado **GUSTAVO TAMAYO ARANGO**, en su calidad de apoderado de las sociedades **MERCK Y CO. INC. Y FROSST LABORATORIES INC.**, presentó recurso de reposición contra el acto administrativo radicado bajo el número 02097886 - 00010000 del 30 de octubre 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, en subsidio de la petición principal, el mencionado apoderado solicita se practiquen las medidas cautelares invocadas dentro de la demanda, una vez notificada la parte denunciada, fundamentando sus peticiones de la siguiente manera:

***1. CON RESPECTO A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Dentro del auto recurrido, señala el despacho que bien es sabido que para que prosperen las medidas cautelares de urgencia, es decir aquellas que se adoptan sin oír a la parte contraria (sic), es necesario que concurren dos requisitos: i) la realización o inminencia del acto de competencia desleal, y ii) que el peligro que se pretenda evitar sea inminente y grave.

Analizado el primer requisito por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, encuentra esta que el mismo se cumple, al expresamente afirmarse que *"Considera este Despacho que el primero de los requisitos analizados se encuentra cumplido para efectos de estas cautelas"*.

Con respecto al segundo requisito consistente en el peligro grave e inminente señala el Despacho que "no es posible establecer una relación causal entre las conductas denunciadas y el peligro grave e inminente", conclusión que no se comparte, con base en los siguientes fundamentos que acreditan ampliamente la necesidad de que se practiquen inmediatamente las medidas cautelares con el fin de que las mismas no sean inocuas e ineficaces en el futuro.

- Desde septiembre 24 de 1999 mi representada obtuvo el registro INVIMA No. M-012625 para el producto VIOXX 12.5 mg. gozando de una protección para sus datos en la medida en que ninguna entidad pública ni privada puede apoyarse en los mismos hasta el 24 de marzo de 2004. A su vez, LABORATORIOS LEGRAND S. A. en una clara violación de las normas relativas a la protección de datos, y apoyándose en los datos de mi representada, obtuvo el registro para el producto SIVOX cuyo componente activo es el ROFECOXIB, el 12 de septiembre de 2000, fecha a partir de la cual lo viene comercializando obteniendo una ventaja competitiva significativa frente a mi representada.
- A la fecha de presentación de la presente solicitud han pasado mas de dos, años durante los cuáles LABORATORIOS LEGRAND S.A. ha obtenido una ventaja significativa frente a mi representada en

Por la cual se resuelve un recurso

una clara violación de las normas sobre protección de datos. La comisión del acto descrito en el artículo 18 de la ley 256 de 1996 es flagrante por parte de LABORATORIOS LEGRAND S. A., y teniendo entonces en cuenta el corto espacio de protección de los datos de mi representada, es decir hasta marzo de 2004, el esperar a que dicha entidad emita una resolución definitiva declarando la ilegalidad de la conducta de LABORATORIOS LEGRAND S.A. lo cual en la práctica no ocurre antes de un año y medio, va implicar que para la fecha de la resolución declarando la ilegalidad de su comportamiento ya estaría casi agotada la protección de que goza mi representada y se harían nugatorios los efectos de la presente acción. De allí la GRAVEDAD y URGENCIA en la práctica de las medidas cautelares solicitadas.

- A contrario sensu de lo que señala la Superintendencia, el argumento de llevar dos años el producto en el mercado no justifica ni prueba que no exista un peligro inminente por el hecho de no haberse iniciado la presente acción hace dos años Tal y como se acredita con las pruebas de la demanda, mi representada durante dos años ha presentado recursos y acciones de tutela tendientes al cumplimiento de la norma que se estima como violada, y solo hasta que el INVIMA afirmó no ser entidad competente para definir que determinado registro podría estar incurso en una causal de competencia desleal es que se agotó dicha instancia para acudir ante esé Despacho.
- El hecho de que el acto desleal continuado ejercitado por la denuncia lleve mas de dos años, no es fundamento para determinar que no hay peligro grave e inminente, pues tal y como se dijo anteriormente, no solo se agotaron todas las instancias posibles para evitar que a través de la violación de una norma se obtenga una ventaja significativa en el mercado, sino que se reitera, la protección de las norma estimada como violada es por solo 5 años es decir hasta marzo de 2004, el esperar a que dicha entidad emita una resolución definitiva declarando la ilegalidad de la conducta de LABORATORIOS LEGRAND S.A. lo cual en la práctica no ocurre antes de un año y medio, va implicar que para la fecha de la resolución declarando la ilegalidad de su comportamiento ya estaría casi agotada la protección de que goza mi representada y se harían nugatorios los efectos de la presente acción. De allí la URGENCIA en la práctica de las medidas cautelares solicitadas. En otras palabras existe una relación de causa-efecto inevitable entre el acto de competencia desleal y el peligro inminente que se está sucediendo.
- Con respecto a la gravedad que debe revestir el peligro, afirma dicha superintendencia que no se da el presupuesto por cuanto los argumentos y cifras presentadas por el recurrente para determinar la gravedad del peligro no llena los parámetros (sic) legales que permitan determinar el cumplimiento del requisito toda vez que no se encuentra una relación de causalidad entre las conductas denunciadas y la parte del mercado que las denunciantes podrían perder.

Lo anterior resulta a todas luces indebidamente motivado, pues no se entiende que mayor relación de causalidad pueda existir entre una conducta desleal como la consistente en la violación de una norma, con la parte del mercado que las denunciantes han perdido y podrían perder, pues se encuentra demostrado que la protección de 5 años tiene entre otras, como finalidad premiar el esfuerzo investigación y buscar que se recupere la inversión realizada, mediante una "exclusividad de venta del producto contentivo de la molécula nueva durante cinco años.

- Cada producto SIVOZ que se vende en el mercado tiene una directa relación de causalidad con el producto VIOXX que Las denunciantes dejan (sic) de vender, pues acá no hay mas competidores, Las denunciantes son las únicas que pueden (sic) explotar la molécula nueva durante cinco años.

En otras palabras, no se requieren estudios ni esfuerzos matemáticos pues la relación causa efecto es 1 a 1: Un producto vendido Sivoz, es un producto VIOXX dejado de vender.

Por la cual se resuelve un recurso

Prueba de ello lo constituye el cuadro presentado como prueba No. 9 de la demanda en donde se observa que a medida de los meses se incrementan las ventas de SIVÓZ en el mercado nacional.

- El peligro grave, en este caso no se puede hacer consistir en la quiebra o insolvencia de las denunciadas por el hecho del acto de competencia desleal, sino en el hecho de que su protección de cinco años, desde el punto de vista económico va a ser nugatoria, pues pasado este término, existirá libertad para explotar la molécula, fecha para la cual las denunciadas no habrán amortizado su inversión. Además, el producto SIVÓZ se vende casi a la mitad del precio, lo cual hace mucho más evidente la relación causa efecto que justifica la gravedad del peligro en que se encuentran las denunciadas si no se toman las medidas adecuadas.

2. CON RESPECTO A LA PRETENSION SUBSIDIARIA

En subsidio y en caso de que la petición anterior no prospere, solicito se practiquen las medidas cautelares solicitadas dentro de la demanda, una vez notificada de la denuncia a la denunciada, y con la contradicción de esta, de acuerdo con inciso primero del artículo 31 de la ley 256 de 1996.

Los fundamentos de la presente solicitud, sobran, en el sentido de que para que estas medidas cautelares procedan, solo se requiere, de acuerdo con el inciso primero del artículo 31 de la ley 256 de la realización o inminencia del acto de competencia desleal aspecto que ya determinó ese Despacho se cumple, al señalar que *"Considera este Despacho que el primero de los requisitos analizados se encuentra cumplido para efectos de estas cautelares"*.

Expuestos los anteriores fundamentos, solicito al despacho proceder a conceder las medidas cautelares en la forma solicitada, y en subsidio, una vez oída (sic) la parte contraria."

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. Medidas cautelares sin oír la parte contraria

Según el artículo 144 de la ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio, en las investigaciones por competencia desleal podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes, dentro de las cuales deben incluirse las previstas en el artículo 31 de la ley 256 de 1996. En esta disposición se establece que esas medidas se regirán por lo señalado en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil.

El numeral 11, artículo 4º 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."

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.

En el texto del artículo 31 de la ley 256 de 1996, para que procedan las medidas cautelares sin oír la parte contraria es necesario el cumplimiento de 3 requisitos: La realización o la inminencia del acto de competencia desleal debe encontrarse comprobada, el peligro que se pretende evitar debe ser inminente y éste, por último, debe revestir gravedad.

Por la cual se resuelve un recurso

1.2 Cumplimiento del primero de los requisitos

Dentro del acto recurrido, esta Superintendencia consideró que el requisito de la inminencia o realización del acto de competencia desleal se encontraba cumplido. Se llegó a dicha conclusión, aclarando que la misma se refería a la aplicación, decreto y práctica de las medidas cautelares sin oír la parte contraria y que el debate probatorio de fondo respecto a la realización o no de las conductas denunciadas debería darse dentro del normal transcurso del proceso.

Al respecto, debe entenderse que, si bien se determinó sumariamente la posible o inminente realización de la conducta endilgada con base en la exposición y elementos aportados por las denunciantes, no puede partirse de este razonamiento para impetrar peticiones diferentes a la originaria del mismo. Es decir, las medidas cautelares solicitadas son de carácter excepcional, por lo que su aplicabilidad se ve supeditada a condiciones especiales y concurrentes, las cuales son evaluadas de manera única antes de ser notificada la parte denunciada de las pretensiones de fondo y de la denuncia en general.

Por lo tanto, no es viable aplicar la consideración que sobre los hechos realizó esta Entidad en aras de determinar la procedencia de unas medidas cautelares de 24 horas, para solicitar de manera subsidiaria que se decreten las mismas medidas cautelares pero luego de la notificación a la sociedad denunciada.

El recurso presentado debió referirse únicamente a las razones expuestas en el acto recurrido¹, atacando las consideraciones allí realizadas, sin referirse o tomar parte de ellas con el objeto de realizar una petición diferente a la inicialmente incoada.

En efecto, aun cuando en su momento procesal se aceptó la presencia del requisito previsto en el inciso primero del artículo 31 de la ley 256 de 1996, sigue siendo discrecional de esta Superintendencia el decreto de cualquiera de las modalidades de cautelas plasmadas en la ley. Es así, como la norma en mención prevé que comprobada la realización o inminencia de un acto de competencia desleal, el juez "podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes" (Subrayado fuera de texto)

De tal suerte que, la norma no se refiere a un requisito en virtud del cual procedan automáticamente las medidas cautelares dentro de los procesos por competencia desleal, sino que se trata de una facultad otorgada al juez para que decrete de manera discrecional las cautelas que considere convenientes, principalmente para cesar provisionalmente el acto desleal denunciado.

En este orden de ideas, al no ser esta instancia el momento procesal para solicitarlas, este Despacho considera improcedente el decreto de las medidas cautelares en la forma como fueron planteadas en la petición subsidiaria que hace parte del recurso analizado.

1.2 Peligro Inminente

El primer párrafo del artículo 31 de la ley 256 de 1996, establece que "comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma (...)".

¹ Artículo 50 del Código Contencioso Administrativo: "Recursos de la vía gubernativa. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos: a) El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión para que la aclare, modifique o revoque. (...) (Subrayado fuera de texto)

Por la cual se resuelve un recurso

Posteriormente, la misma norma plasma: "Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria (...)"

Expone el recurrente que se trata de una situación de peligro inminente si se tiene en cuenta el corto espacio de protección de los datos que detenta su representada, el cual vence en marzo del año 2004 y que la declaración de ilegalidad de la conducta a realizar por parte de esta Entidad, tardaría no menos de un año y medio, por lo que, para la fecha en que esta declaración emane, la protección citada ya estaría casi agotada, vislumbrándose de allí, la gravedad y urgencia de las medidas solicitadas.

Además, considera que el hecho de llevar dos años el producto Sivoz en el mercado no es justificación suficiente para desconocer la inminencia del peligro y que por el contrario habiendo presentado durante dos años recursos y acciones de tutela tendientes al cumplimiento de la norma que se estima violada y que *"solo hasta que el INVIMA afirmó no ser entidad competente para definir que determinado registro podría estar incurso en una causal de competencia desleal es que se agotó dicha instancia para acudir ante ese Despacho"*

No está de acuerdo esta Entidad con los argumentos expuestos, debido a que el recurrente confunde la competencia que posee la Superintendencia de Industria y Comercio para el conocimiento de los hechos denunciados, con la procedencia de unas medidas cautelares sin oír a la parte contraria. La primera no ha sido desconocida por este Despacho y por el contrario se han realizado las gestiones para continuar con el trámite correspondiente. Por lo tanto, no puede justificarse el cumplimiento de la segunda, con el hecho de haberse presentado la denuncia ante esta Superintendencia luego de impetrarse ante el INVIMA varias actuaciones sobre los mismos hechos, circunstancia irrelevante para determinar un peligro inminente dentro del caso estudiado.

La protección de datos a la que hace alusión el denunciante en su escrito, es independiente de cualquier consideración respecto a las medidas cautelares solicitadas, toda vez que la inminencia de la conducta requerida se refiere a los hechos denunciados y no a circunstancias ajenas a los mismos, siendo improcedente sustentar el cumplimiento de dicho requisito con la proximidad del agotamiento de la mencionada protección.

Por lo tanto, a la luz de la norma estudiada, las circunstancias fácticas motivo de denuncia se han venido concretando desde hace dos años, como reiteradamente afirma el recurrente, ante lo cual no es posible concluir la existencia de un peligro con las características como el requerido.

Al respecto, esta Entidad se ha pronunciado en el sentido de establecer que la "comisión de infracciones a las disposiciones sobre competencia desleal tienen altísima vocación de producir daño a los competidores afectados. Sin embargo, no en todos los casos que se alegue que ello ha sucedido proceden las cautelares que comentamos. Por el contrario, para que éstas deban decretarse, el comportamiento desleal debe denunciarse rodeado de circunstancias de tiempo, modo y lugar que impliquen una especial severidad, frecuencia o irreversibilidad de las consecuencias que se producirían si la administración no interviene anticipada y preventivamente."²

Si el hecho generador de la presunta conducta tildada de desleal, se consumió desde hace dos años aproximadamente como lo afirma el apoderado de las denunciadas, éstas permitieron el paso de 24 meses sin sentirse afectadas hasta ahora, cuando pretenden que se aplique el trámite preferente y de carácter excepcional de adoptar medidas cautelares dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud sin oír a la sociedad Legrand, no siendo argumento suficiente el desconocimiento sobre la competencia a cargo de esta Entidad para el conocimiento de las conductas endilgadas.

² Pronunciamiento citado dentro del concepto No. 99015760 del 17 de enero de 1999.

Por la cual se resuelve un recurso

1.3 Peligro Grave

En relación con este tema, este Despacho ha manifestado que "para decretar las cautelas y a fin de salvaguardar el derecho al debido proceso³, La Superintendencia de Industria y Comercio debe tener plena certeza respecto a la gravedad del peligro que se ocasionaría en caso de no adoptar la medida solicitada. Así, la gravedad debe ser ostensible y desprenderse del material probatorio aportado por el peticionario"⁴

Considera el denunciante indebidamente motivado el acto recurrido debido a que, según él, la relación de causalidad se encuentra plenamente comprobada si se tiene en cuenta que la protección de datos de cinco años tiene como finalidad premiar el esfuerzo de investigación y buscar que se recupere la inversión realizada, mediante una exclusividad de venta del producto. Por lo tanto, cada producto SIVUZ que se vende en el mercado tiene una directa relación de causalidad con el producto VIOXX que la denunciante deja de vender.

Expone el apoderado de las denunciadas que el peligro grave no versa sobre la quiebra o insolvencia de las denunciadas, sino en el hecho de que la inversión realizada no alcanzaría a ser amortizada dentro del período de exclusividad otorgado. Además, según el solicitante, el producto SIVUZ se vende casi a mitad de precio "lo cual hace mucho mas evidente la relación causa efecto que justifica la gravedad del peligro."

Para este Despacho, contrario a lo expuesto por el recurrente, no basta demostrar la gravedad del peligro con la relación causa efecto de uno a uno, entre los productos SIVUZ y VIOXX como la enunciada, siendo requerida para el efecto una descripción clara, completa y detallada de los graves perjuicios que se busca prevenir, acompañada con descripciones de las circunstancias de tiempo modo y lugar que implican una especial severidad del daño en curso.

El apoderado de las denunciadas parte de un supuesto económico y de mercado no demostrado dentro del expediente, ante los cual no es factible establecer la existencia de perjuicios reales y sustentados así como tampoco una relación de causalidad entre éstos y la conducta denunciada.

Lo anterior debido a que la denunciante se limita a establecer unas cifras generales sobre unos porcentajes de los posibles precios del producto final, sin describir de manera detallada y comprobada cuáles fueron los precios reales al público utilizados tanto por la denunciante como por las denunciadas y el lapso de tiempo en el cual estos fueron aplicados.

No describe la recurrente dentro de sus argumentos, el mercado dentro del cual se realizó el análisis presentado, ni discrimina los factores exógenos que pudieron haber afectado el movimiento del mercado.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que para el decreto y práctica de unas medidas cautelares por parte de esta Superintendencia, no basta con establecer unas pérdidas sin origen sumariamente demostrado en los hechos denunciados, se considera que el requisito de gravedad no se encuentra cumplido en el caso concreto.

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,

³ Artículo 29 de la Constitución Política.

⁴ Pronunciamiento citado dentro del concepto No. 99015760 del 17 de enero de 1999.

Por la cual se resuelve un recurso

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la decisión proferida mediante acto administrativo número 02097886 – 00010000 del 30 de octubre de 2002.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor **GUSTAVO TAMAYO ARANGO**, en su calidad de apoderado de las sociedades **MERCK Y CO. INC. Y FROSST LABORATORIES INC.**, 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 **19 DIC. 2002**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)


CARLOS GERMÁN CAYCEDO ESPINEL

Notificación:

Doctor

GUSTAVO TAMAYO ARANGO

Apoderado

Merck & Co. Inc y Frosst Laboratories

Calle 72 No. 5 – 83 Piso 5 Bogotá

Teléfono 3264270

Ciudad.

INTENDENCIA DE INDUSTRIAS Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 40699 de fecha 19/12/2002

fué notificada mediante edicto número 183

firmado el 09/01/2003 y desahogado el 22/01/2003