



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 12191 DE 2005
(26 MAYO 2005)

Expediente No. 05037907

Por la cual se resuelve una solicitud de práctica de diligencias preliminares de comprobación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las contenidas en los artículos 143, 144, y 147 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 26 de la Ley 256 de 1996, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el día 21 de abril de 2005, mediante escrito radicado bajo el número 0503797 la sociedad KLIK S.A., a través de apoderado, solicitó a esta Superintendencia "el decreto y práctica de unas diligencias preliminares de comprobación, de las previstas por el artículo 26 de la Ley 256 de 1996", en los siguientes términos:

"II. DILIGENCIAS PRELIMINARES DE COMPROBACIÓN

(...)

"1. Inspección Judicial

Con el fin de comprobar que PRONACA COLOMBIA está gestionando y utilizando la información secreta y reservada de mi representada, como lo son los acuerdos y directorios de cadenas, listas de clientes y distribuidores, fórmulas de productos y las negociaciones realizadas por KLIK con sus clientes y distribuidores, información que contiene un importante valor comercial para esta empresa, solicito a la SIC que decrete la práctica de una inspección judicial en las oficinas de PRONACA COLOMBIA en Bogotá D.C., con el fin de verificar la existencia de la información propiedad de KLIK dentro de sus archivos.

Así mismo solicito inspeccionar su contabilidad libros diario mayor y balances con asistencia de peritos contables.

(...)

"2. Práctica de testimonios

Solicito que se decrete el testimonio de las siguientes personas:

- *Luis Alberto Moreno Sánchez, distribuidor de KLIK, para que rinda testimonio en relación con los hechos en virtud de los cuales PRONACA lo habría contactado para proponerle ser distribuidor exclusivo de esta compañía.*

(...)

- *Mauricio Peraza distribuidor de KLIK, para que rinda testimonio en relación con los hechos en virtud de los cuales PRONACA lo habría contactado para proponerle ser distribuidor exclusivo de esta compañía.*

(...)

- *Sandra Marlen Chávez Avellaneda, distribuidora de KLIK, para que rinda testimonio en relación con los hechos en virtud de los cuales PRONACA lo habría contactado para proponerle ser distribuidor exclusivo de esta compañía.*

26 MAYO 2005

(...)

- Diana María Marín Espinel, distribuidora de KLIK, para que rinda testimonio en relación con los hechos en virtud de los cuales PRONACA lo habría contactado para proponerle ser distribuidor exclusivo de esta compañía.

(...)

- Germán Augusto Muete, distribuidor de KLIK, para que rinda testimonio en relación con los hechos en virtud de los cuales PRONACA lo habría contactado para proponerle ser distribuidor exclusivo de esta compañía.

(...)

- Jairo Sánchez, distribuidor de KLIK, para que rinda testimonio en relación con los hechos en virtud de los cuales PRONACA lo habría contactado para proponerle ser distribuidor exclusivo de esta compañía.

(...)

- Héctor Hugo Yopasa Rodríguez, quien trabaja en distribuidora Multirapidas, empresa distribuidora de KLIK, para que rinda testimonio en relación con los hechos en virtud de los cuales PRONACA lo habría contactado para proponerle ser distribuidor exclusivo de esta compañía.

(...)

- José Antonio Caicedo, distribuidor de KLIK, para que rinda testimonio en relación con los hechos en virtud de los cuales PRONACA lo habría contactado para proponerle ser distribuidor exclusivo de esta compañía.

(...)"

SEGUNDO: Que para efectos de resolver la solicitud de diligencias preliminares de comprobación, esta Superintendencia tiene en cuenta lo siguiente:

1. Procedencia de las diligencias preliminares de comprobación

El artículo 26 de la ley 256 establece los parámetros para el decreto y práctica de unas diligencias preliminares de comprobación así:

"Artículo 26. Petición y decreto de diligencias preliminares de comprobación. Las personas legitimadas para ejercitar acciones de competencia desleal podrán pedir al Juez que con carácter urgente decrete la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir actos de competencia desleal.

"Antes de resolver sobre la petición formulada, el Juez podrá requerir los informes y ordenar las investigaciones que considere oportunas.

"Solamente podrá decretarse la práctica de las diligencias cuando, dadas las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia desleal y no sea posible comprobar la realidad de la misma sin practicar las diligencias solicitadas.

"Al decretar, en su caso, la práctica de las diligencias solicitadas, el Juez fijará la caución que deberá prestar el peticionario para responder de los daños y

perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse. Si el Juez no considera suficientemente fundada la pretensión, la denegará por medio de auto que será apelable en el efecto suspensivo o en el devolutivo."

El Artículo 26 de la Ley 256 de 1996 establece como fin de las diligencias preliminares de comprobación, "(...) [l]a fijación anticipada de unos hechos o circunstancias que presumiblemente puedan constituir actos de competencia desleal, y que de no acudirse a estas diligencias no podrán ser comprobados."¹

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, para que esta Superintendencia decida el decreto de unas diligencias como las solicitadas, es necesario que se presenten de manera simultánea y complementaria, los siguientes requisitos:

- 1) Que la solicitud de decreto de diligencias preliminares de comprobación, sea presentada por quien estaría legitimado en la correspondiente acción de competencia desleal;
- 2) Que dadas las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia como desleal;
- 3) Que no sea posible comprobar la realidad de los hechos que se pretenden calificar como presuntamente constitutivos de competencia desleal, sin practicar las diligencias solicitadas;
- 4) Que la práctica de las diligencias tenga el carácter de urgente; y
- 5) Que la solicitud de las diligencias previas de comprobación, sea presentada con anterioridad a la presentación de la acción.

Por otra parte, el inciso 2° del artículo 26 de la ley 256 de 1996 le impone una carga procesal al peticionario de las diligencias preliminares, consistente, entre otras cosas, en dar las razones por las cuales no es posible comprobar la realidad de los actos presuntamente desleales sin practicar las diligencias solicitadas.

Es claro que cuando las normas procesales establecen unas condiciones para su ejercicio, el solicitante debe sujetarse a ellas, pues si las desconoce, el Despacho debe denegar la práctica de las mismas².

1.1. Legitimación activa

En el presente trámite, la sociedad KLIK S.A. se encuentra legitimada para obtener el decreto de las diligencias preliminares de comprobación solicitadas, toda vez que se encuentra acreditada su participación en el mercado y sus intereses económicos podrían verse afectados o amenazados por los actos desleales cuya comprobación se solicita.

¹ LOPEZ Martínez, Adriana, La acción de competencia desleal. Universidad Externado de Colombia, 1997, pag. 92

² Sentencia C-1512-00 M.P. Alvaro Tafur Galvis. [E]n este sentido el sometimiento de las normas procedimentales o adjetivas, como formas del respectivo juicio, no es optativo para quienes acuden al mismo con el objeto de resolver sus conflictos jurídicos, en tanto que de esa subordinación depende la validez de los actos que de ellas resulten y la efectividad de los derechos sustanciales."

1.2. Que no sea posible comprobar la realidad de los hechos que presuntamente constituyen actos de competencia desleal, sin practicar las diligencias solicitadas.

Señala el inciso 3 del artículo 26 de la Ley 256 de 1996 que, “[s]olamente podrá decretarse la práctica de las diligencias cuando, dadas las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia como desleal y no sea posible comprobar la realidad de la misma sin practicar las diligencias solicitadas.”

De la norma en mención, se desprende que se decretarán diligencias preliminares de comprobación, sólo en aquellas situaciones en que dada la complejidad de los hechos, la persona legitimada para accionar no tiene otra alternativa que solicitarle al juez el decreto y práctica de las diligencias, para efectos de poder calificar esos hechos en una futura demanda por competencia desleal.

En el presente caso, la sociedad KLIK S.A. solicitó a través de su apoderado, la práctica de una inspección judicial en las oficinas de PRONACA COLOMBIA en Bogotá D.C., con el fin de verificar la utilización de información de propiedad secreta y reservada de la sociedad KLIK S.A. en sus archivos, así como la práctica de algunos testimonios, con el objeto de averiguar si PRONACA COLOMBIA habría contactado a los testigos para proponerles ser distribuidores exclusivos de esta sociedad.

En relación con la petición de decreto y práctica de los testimonios solicitados por la sociedad KLIK S.A. como diligencias preliminares de comprobación, este Despacho considera que tal solicitud es improcedente, ya que las diligencias preliminares de comprobación no pueden consistir en la práctica de un medio probatorio, en este caso de un testimonio, sino que por el contrario, por tratarse de un instrumento diferente a los medios de pruebas establecidos en el código de procedimiento civil, con la práctica de ésta se comprueban hechos que puedan constituir actos de competencia desleal, los cuales no se podrían comprobar sin la realización de la misma.

Respecto de la inspección judicial solicitada como diligencia preliminar de comprobación, este Despacho encuentra procedente hacer la siguiente claridad respecto de las dos figuras, por cuanto las mismas son diferentes:

Las diligencias preliminares de comprobación establecidas en la ley 256 de 1996, tienen como fin la comprobación de hechos que puedan constituir actos de competencia desleal, mientras la inspección judicial es un medio probatorio que tiene por objeto la “verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso, que hace el juez de personas, lugares, cosas o documentos³”. En este sentido, las diligencias preliminares de comprobación sólo están establecidas para comprobar hechos que pueden ser calificados como desleales, los cuales no se podrían demostrar sin la práctica de dicha diligencia, en tanto que la prueba de inspección judicial se practica dentro del proceso para esclarecer los hechos del mismo y se valora en conjunto con las demás pruebas aportadas, o por fuera de éste, pero para probar cualquier hecho.

Así las cosas, este Despacho considera que no se puede solicitar que se decrete la práctica de una inspección judicial como diligencia preliminar de comprobación, puesto que

³ PARRA Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Ediciones Librería Del Profesional, edición 2002, página 521.

26 MAYO 2005

se trata de dos actos diferentes tanto en su objeto, como en la forma en que realiza su práctica.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las diligencias preliminares de comprobación tienen como fin la demostración de hechos que puedan constituir actos de competencia desleal y que solamente podrán decretarse *"cuando, dada las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia como desleal y no sea posible su comprobación sin practicar dichas diligencias"*⁴, se hace necesario analizar si la sociedad Klik S.A. cuenta con algún medio probatorio para demostrar dentro del proceso que Pronaca S.A. se encuentra gestionando y utilizando la información secreta y reservada de Klik S.A., como son los acuerdos, directorios de cadenas de supermercados, listas de clientes y distribuidores, formulas de los productos y las negociaciones realizadas por Klik.

Se señala en la solicitud de diligencias preliminares de comprobación que *"13. De conformidad con cierta información obtenida por parte de empleados de Klik, el señor Murcia (Gerente de Mercadeo y Representante Legal de Klik S.A.) habría utilizado y extraído información confidencial de esta empresa para utilizarla en provecho de Pronaca Colombia. En efecto, según declaración extraproceso de la señora Lina Mercedes Maya Salazar, Jefe Nacional de Supermercados de Klik, en días previos a su retiro, el señor Murcia, solicitó un cuadro resumen de las negociaciones con supermercados que mi representada ha realizado, y al señor Edgar Alfaro, empleado de Klik, le solicitó un directorio detallado con los principales contactos en las cadenas de supermercados, información que ha sido mantenida de manera confidencial y reservada por parte de Klik, y que constituye secreto empresarial."* Con la solicitud se adjuntó la declaración extrajuicio de la señora Lina Mercedes Maya Salazar.

De igual manera, se señala en la solicitud que *"19. Por último, mi representada se ha enterado de que el señor Murcia contactó a varios de los distribuidores de Klik, a quienes les propuso romper sus acuerdos con dicha compañía y pasar a ser distribuidores de Pronaca Colombia, con lo cual, Pronaca Colombia accedería a la base de datos que contiene la totalidad de los clientes del canal geográfico de Klik, es decir, los clientes directos que a través de cada distribuidor comercializan productos de la empresa (...). 21. De conformidad con la información suministrada por mi cliente, Pronaca habría contactado a los siguientes distribuidores de Klik: Luis Alberto Moreno Sánchez, Mauricio Peraza, Sandra Marlen Chávez, German Augusto Muete Avellaneda, Jairo Sánchez, Distribuidora Multairapidas R.L., (testigo Héctor Hugo Yopasa Rodríguez) y José Antonio Caicedo."* De las anteriores personas, la sociedad Klik S.A. solicitó el decreto y práctica de testimonio como diligencias preliminar de comprobación.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho considera que la sociedad Klik S.A. sí puede comprobar que la sociedad Pronaca Colombia se encuentra realizando hechos que puedan constituir actos de competencia desleal relacionados con la utilización de información reservada de propiedad de la solicitante, por un medio diferente a las diligencias preliminares de comprobación, como puede ser el testimonio dentro del proceso de las personas de las cuales se solicita su decreto y práctica o el de la señora que declaró extrajudicialmente, o mediante los diferentes medios probatorios establecidos en el código de procedimiento civil. Lo anterior, si se tiene en cuenta que para iniciar un proceso de competencia desleal, no es necesario que exista plena prueba o idónea que dé certeza de la existencia de un acto de competencia desleal por parte de la sociedad Pronaca

⁴ Ley 256 de 1996, artículo 26 subrayado fuera de texto.

Colombia S.A. en relación con los hechos objeto de diligencias preliminares, sino que es suficiente que existan pruebas o elementos de juicio que permitan a la accionante presumir que aquella se encuentra realizando un comportamiento desleal.

Así las cosas, dado que la sociedad Klik S.A. cuenta con otros medios probatorios para comprobar dentro del proceso que la sociedad Pronaca S.A. se encuentra realizando actos de competencia desleal, por la utilización sin autorización de información reservada de propiedad de la solicitante, este Despacho no considera procedente acceder al decreto y práctica de las diligencias preliminares de comprobación presentada por Klik S.A.

En virtud de lo anterior, se

RESUELVE:

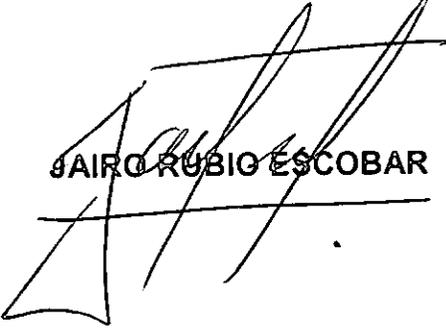
PRIMERO: Reconocer personería al doctor Alfonso Miranda Londoño, identificado con cédula de ciudadanía número 19.489.933 de Bogotá y portador de la tarjeta profesional número 38.447 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la sociedad KLIK S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido visible en el expediente.

SEGUNDO: Negar la solicitud de decreto y práctica de diligencias preliminares de comprobación solicitada por la sociedad Klik S.A. mediante escrito radicado con el número 05037907 del 21 de abril de 2005, por lo anteriormente expuesto.

NOTIFÍQUESE POR ESTADO Y CÚMPLASE

26 MAYO 2005

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación:

Doctor
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
Apoderado
KLIK S.A.
C.C. 19.489.933 de Bogotá
T.P. 38.447 del C.S de la J.
Diagonal 68 No. 11 A-38
Ciudad.

JJK/WBD/mvff