



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2004
 (No 16471)

23 JUL. 2004

Expediente No. 04031283

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 mediante escrito recibido en esta Superintendencia el pasado 2 de abril de 2004, radicado bajo el No. 04031283, el apoderado judicial de la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V., solicita a esta Superintendencia que se decreten y practiquen las "DILIGENCIAS PRELIMINARES DE COMPROBACION a la sociedad C.I. LA MAGDALENA S.A., por presuntos actos de competencia desleal de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 al 28 de la ley 256 de 1996", en los siguientes términos:

Pretensiones.

1. Inspección judicial de conformidad con el artículo 244 del C.P.C.

▪ *"A fin de probar que LA MAGDALENA posee en sus cultivos variedades vegetales cuyos derechos de propiedad intelectual pertenecen a DE RUITER'S sin contar con la debida autorización para ello, solicito la práctica de la inspección ocular a los cultivos de LA MAGDALENA ubicados en el municipio de Tocancipá (de acuerdo con el mapa adjunto), a fin de verificar lo siguiente:*

- *"Cuadro de siembra o documento donde aparezcan relacionadas las variedades sembradas en el cultivo, su ubicación por invernadero y el número de camas."*
- *"Inspeccionar en el cultivo la existencia de las variedades vegetales cuyos derechos le pertenezcan a DE RUITER'S, discriminando el número de plantas de cada una de las variedades."*
- *Exhibición de contratos de regalías suscritos entre LA MAGDALENA y DE RUITER'S.*

SEGUNDO: Que en respuesta al requerimiento solicitado por este Despacho, la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V., a través de apoderado, mediante oficio radicado

con el número 04031283 0000003 del 7 de mayo de 2004, aportó los documentos solicitados.

TERCERO: Que para efectos de resolver la solicitud de diligencia 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 LOPEZ Martínez, Adriana, La acción de competencia desleal. Universidad Externado de Colombia, 1997, pag. 92

- 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.

De acuerdo con la norma citada, para que esta Superintendencia decida el decreto de unas diligencias como las solicitadas, es necesario que se presenten de manera simultánea y complementaria los requisitos antes mencionados, debiendo negarse el decreto de las mismas cuando solo se presente uno de ellos o, más aún, cuando ninguno de ellos se registre.

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, la cual radica en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para la procedencia de las mismas, consistentes, entre otras cosas, en dar las razones del porqué no es posible comprobar la realidad de los actos presuntamente desleales sin practicar las diligencias solicitadas. Esta carga procesal es ratificada por el inciso 5° del mismo artículo 26, al preceptuar que *"Si el Juez no considera suficientemente fundada la pretensión, la denegará..."*.

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 mismas.²

De lo anterior se desprende que el fin de las diligencias previas, es la comprobación de aquellos hechos que resulten objetivamente necesarios para integrar los elementos que den origen al proceso por competencia desleal, pues con dicha audiencia se trata de determinar quién es el presunto infractor de la ley de competencia desleal, la existencia o naturaleza del producto o prestación mediante los que pudiera cometerse un ilícito desleal, la forma de producirlos, su origen, composición, etc... .

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."*

En el presente caso, el solicitante confunde y equipara el medio de prueba inspección judicial, con las diligencias preliminares de comprobación. Al respecto el Despacho se permite aclarar que la inspección judicial es un medio de prueba, mientras que las diligencias preliminares de comprobación son un trámite previo al proceso de competencia desleal, con unos requisitos establecidos en la Ley 256 de 1996.

Así, la diligencia preliminar tiene como fin la "...[c]omprobación de aquellos hechos que resulten objetivamente necesarios para integrar los elementos que den vida al proceso por competencia desleal", mientras la prueba de inspección judicial con la intervención de peritos, es un medio probatorio que busca "...[l]a verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso, que hace el Juez de personas, lugares, cosas o documentos."³

No obstante lo anterior, y dando aplicación a lo establecido en sentencia de 12 de diciembre de 2003, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales⁴, en la que se manifiesta "...[q]ue el juez puede interpretar una demanda para desentrañar su espíritu, pero cuando quiera que ofrezca oscuridad o ambigüedad...", pues "...[s]e trata de probar ciertas conductas que, a su juicio, afectan la competencia de mercados.", aunque el apoderado del la solicitante, solicitó en el capítulo II, literal (i), una inspección judicial de conformidad con el Art. 244 del C.P.C., este Despacho considera que la solicitud presentada por el doctor Mauricio Velandia Castro, como apoderado de DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V., versa sobre una diligencia preliminar de comprobación, debiéndose tener en cuenta para los efectos legales, las consideraciones anteriormente expuesta. Lo anterior se comprueba mediante la solicitud de dar aplicación a los artículos 26 al 28 de la Ley 256 de 1996, la referencia de la petición y el hecho de no existir un proceso previo por competencia desleal.

1.1. Legitimación activa

Un presupuesto básico para que sea procedente el decreto de diligencias preliminares, consiste en que la petición provenga de una persona legitimada para presentar tal solicitud. En el caso de la ley de competencia desleal, tal legitimación está determinada por los artículos 20 numeral 1⁵ y 21 inciso primero⁶ de la Ley 256 de 1996, en armonía con el artículo 3⁷ de la misma norma.

³ PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Ediciones Librería Profesional, 2002, Pág.521.

⁴ Sentencia, 12 de diciembre de 2003, Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Civil- Familia, M.P. doctor Álvaro José Trejos Bueno, acta 48, Número 1190.

⁵ Artículo 20 numeral 1 de la Ley 256 de 1996. "El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante."

⁶ Artículo 21. Legitimación activa. "En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del convenio de París, aprobado mediante la Ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones prevista en el artículo 20 de esta Ley."

Así las cosas, si bien la aplicación de la ley de competencia desleal no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre quien realiza el supuesto acto desleal y quien sufre sus consecuencias, lo cierto es que el legitimado para obtener un decreto de diligencias preliminares de comprobación, es quien participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten afectados o amenazados por los hechos con los que se pretende comprobar la configuración de actos de competencia desleal.

En el presente trámite, para determinar si la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V., quien está domiciliada en Holanda, se encuentra legitimada para obtener el decreto de diligencias preliminares, es preciso comprobar si dicha sociedad participa o tiene la intención de participar en el mercado, al igual que si sus intereses económicos resultan afectados o amenazados por los supuestos actos de competencia desleal.

En el presente proceso, y según lo dicho por la actora, la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V. tiene como actividad, *"otorgar licencias para que terceros propaguen, multipliquen, cultiven y exploten sus variedades vegetales (Rosas) a cambio del pago de regalías"*, lo cual se encuentra probado a folios 15 a 83 del expediente 03094988, al cual se remite el solicitante. En este sentido, la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V. participa en el mercado ofreciendo productos y servicios a los pequeños y medianos empresarios, lo cual concreta en el mercado colombiano, mediante el contrato de licencia de exclusividad, concedido a la compañía DR. COLOMBIA ROSES LTDA, compañía colombiana con domicilio en la ciudad de Bogota D.C..

Ahora bien, en relación con los intereses económicos de la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V. que se encuentran afectados o amenazados por los hechos que se solicita su comprobación, esta Superintendencia considera que tal requisito de legitimidad por activa se cumple, como quiera que la presunta usurpación de derechos sobre las variedades vegetales por parte de C.I. LA MAGDALENA S.A. y la utilización de la información que tiene carácter de reservada, sobre las variedades vegetales de titularidad de DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V., y propiedad de la solicitante, es un hecho que podría generar a esta última un perjuicio económico.

1.2. 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.

⁷ Artículo 3. *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."

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, solamente 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 este sentido, cuando existan otras pruebas que eventualmente puedan ser útiles para la calificación de actos de competencia desleal, el decreto y práctica de diligencias preliminares de comprobación es improcedente.

En el presente caso, los hechos que pretenden establecerse mediante la diligencia solicitada, no son objeto de comprobación mediante los medios probatorios contemplados en la ley, tales como declaraciones de parte, testimonios de terceros, indicios, documentos, etc., y sólo una diligencia preliminar de comprobación, en la que se establezca la supuesta producción de variedades vegetales sin autorización de su titular, es el mecanismo para comprobar si los hechos enunciados por el solicitante son presumiblemente calificables como actos de competencia desleal.

1.3 Que dadas las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia como desleal.

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 desleal y no sea posible comprobar la realidad de la misma sin practicar las diligencias solicitadas.”

Eventualmente, a través de ésta diligencia se pretende obtener información que sirva para preparar un proceso de competencia desleal, para lo cual se solicita la exhibición de las variedades vegetales producidas por la sociedad C.I. La Magdalena S.A., con la finalidad de conseguir la información necesaria para fijar la pretensión de la acción, y establecer si mediante la producción de la variedad vegetal se ha producido un caso de competencia desleal, supuesto de hecho que se da en el presente caso, en consideración a que sin la mencionada información, al solicitante de la práctica de la medida le quedaría imposible establecer la pretensión de la accionante y, por tanto, mal se podría calificar el acto realizado como de competencia desleal.

En el caso concreto, el accionante ha demostrado que la sociedad DR COLOMBIA ROSES LTDA, administra los derechos de obtentor pertenecientes a la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V., quien goza en Colombia de diferentes certificados de obtentor, sobre diferentes variedades vegetales, los cuales aportó y obran en el expediente, y son el fundamento para determinar las variedades vegetales que son base para la calificación de posibles actos de competencia desleal, los cuales en criterio de este Despacho, sólo son posibles determinar realizando la mencionada diligencia.

1.4 Que la práctica de las diligencias tenga el carácter de urgente.

Señala el inciso 1° del artículo 26 de la ley 256 de 1996 que: (...) *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.*"

En relación con este supuesto, el solicitante manifiesta que al no adelantarse tal diligencia, se correría el riesgo de no poder demostrar el comportamiento de la persona contra quien se ejecutaría la medida, al tener ésta la posibilidad de deshacerse de las plantas que pueden originar el proceso de competencia desleal, argumento que acoge éste Despacho y por tanto da a la diligencia el carácter de urgente.

1.5 Que la solicitud de las diligencias previas de comprobación, sea presentada con anterioridad a la presentación de la acción.

Señala el inciso 2° del artículo 26 de la ley 256 de 1996 que: *"Antes de resolver sobre la petición formulada, el Juez podrá requerir los informes y ordenar las investigaciones que considere oportunas."*

La razón de la exigencia de que la diligencia de comprobación se realice con anterioridad a la presentación de la acción, encuentra su fundamento en que ésta tiene como base preparar e integrar los elementos que le van a dar vida al proceso, al ser este un acto preparatorio que lleva a la obtención de datos, que por otros medios se hace imposible su consecución, hecho éste que el solicitante afirma haberse cumplido, bajo la gravedad del juramento, tal y como consta a folio 5 del expediente.

En virtud de lo anterior, este Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: ORDENAR la práctica de las diligencias preliminares de comprobación solicitada por la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V., en su comunicación radicada con el número 04031283 del dos (2) de abril del año 2004, fijándose la realización de la misma para el día 19 de agosto a las 10:00 a.m..

SEGUNDO: OFICIESE al Instituto Colombiano Agropecuario "ICA", con la finalidad de que se designe un (1) funcionario experto en variedades vegetales, para que realicen un informe técnico, consistente en un *"Cuadro de siembra o documento donde aparezca relacionadas las variedades sembradas en el cultivo, su ubicación por invernadero y el número de camas."*, así como inspeccionen, *"(..)en el cultivo la existencia de las variedades vegetales cuyos derechos le pertenezcan a DE RUITER'S, discriminando el*

número de plantas de cada una de las variedades.”, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 243 del C.P.C. y que estará presente el día 19 de agosto de 2003, en la práctica de la diligencia decretada en el numeral primero de esta providencia.

TERCERO: : La práctica de la diligencia adoptada en el artículo primero de esta providencia, está condicionada conforme a lo dispuesto en el artículo 26, inciso 4° de la Ley 256 de 1996, a la constitución previa de una caución por parte de la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V. en cuantía de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) m/cte., a favor de la sociedad C.I. LA MAGDALENA S.A., la cual deberá ser presentada ante esta Superintendencia dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente auto.

CUARTO: Reconocer personería a la doctor Mauricio Velandia Castro, identificado con cédula de ciudadanía número 79'506.193 de Bogotá y portador de la tarjeta profesional número 84.143 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V., en los términos y para los efectos del poder conferido visible a folio 8 del expediente.

QUINTO: Notificar personalmente, y en su defecto mediante edicto, la presente decisión al apoderado de la sociedad DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V., doctor Mauricio Velandia Castro, entregándole copia de la misma e informándole que contra la presente decisión procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación:

Doctor

MAURICIO VELANDIA CASTRO

Apoderado

DE RUITER'S NIEUWE ROZEN B.V.

Domiciliada en Holanda

C. C. 79'506.193 de Bogotá

T.P. 84.143 del C.S. de la J.

Carrera 11ª No. 94ª - 23/31, Oficina 304

Ciudad.

JJK/JCA/SDHY