



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 25993 DE 2000
(4 OCT. 2000)

Primero con

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus atribuciones legales, en especial las consagradas en el número 24 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 50 del código contencioso administrativo y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante escrito radicado bajo el número 99000674-4, el 4 de agosto de 2000, Alfonso Miranda Londoño, en su condición de apoderado de Salud Colpatria Medicina Prepagada S.A. E.P.S., en adelante Colpatria, interpuso recurso de reposición contra la resolución 13492 de 2000, mediante la cual este Despacho ordenó la terminación y archivo de una investigación por competencia desleal contra Salud Colmena Medicina Prepagada S.A., en adelante Colmena, en los siguientes términos:

"I. PETICIÓN

Solicito a la SIC de la manera más respetuosa que revoque la Resolución N° 13492 de 2000 y en su lugar declare que SALUD COLMENA MEDICINA PREPAGADA S.A. E.S.P. (en adelante SALUD COLMENA), incurrió en conductas de competencia desleal y que como consecuencia de tal declaración se le impongan las correspondientes sanciones.

II. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO

A continuación expondré las razones por las cuales considero que la Resolución recurrida debe ser revocada, para lo cual me referiré a los presupuestos expuestos en el numeral quinto de la parte considerativa de dicha Resolución, explicando las razones de hecho y de derecho que fundamentan mi solicitud.

2.1 AMBITO OBJETIVO DE APLICACION

Según la SIC este requisito no se da en el presente caso por las siguientes razones:

2.1.1. Porque el manual en el cual aparecía la comparación entre las dos empresas no se pensó como un documento que sería circulado entre el público.

Al respecto debo señalar que ello no es cierto. En efecto, como se puede apreciar en la declaración de la señora Xiomara del Pilar Jiménez, la Guía del Asesor (documento del cual forman parte las páginas en las que se hacen comparaciones con SALUD COLPATRIA) se elaboró con el objeto de que los asesores lo utilizaran como herramienta de capacitación (folio 343 del expediente); la información que en ella aparece es para que sea utilizada por el

4 OCT. 2000

Por la cual se resuelve un recurso

asesor (folio 345 del expediente); las argumentaciones se expusieron, pero posteriormente fueron retiradas de la guía y fue en su momento que se les dijo que no debían seguir utilizando dicha información (Folio 346 del expediente).

Es decir, solamente cuando se presentaron las quejas por parte de SALUD COLPATRIA, fue que SALUD COLMENA le dijo a sus asesores que no siguieran utilizando dicha información.

Por su parte, la Señora Ruby Elena Ariza al responder la pregunta No. 14 de su testimonio (folio 384 del expediente), señaló que la información que estaba en la guía es para que los asesores puedan exponer el producto y venderlo.

No debe olvidarse cuál es la labor del asesor comercial, esto es, contactar los clientes potenciales para venderles los servicios que presta la empresa de medicina prepagada.

Resulta ilógico considerar que una información que se le suministra en el período de capacitación a las personas que contactarán a los clientes, con el propósito de que la utilicen, no tenía el propósito de que dichas personas se las transmitieran a los clientes.

Vale la pena entonces hacerse las siguientes preguntas para demostrar la rectitud del anterior razonamiento: Cual era entonces la utilización que le daban a la información los asesores comerciales? La mantenían simplemente en su memoria? La estudiaban y se la aprendían, pero no la utilizaban para explicar el producto que vendían?

Es probable que los asesores hubiesen recibido instrucciones para que no entregaran físicamente la página del manual, pero lo que no se puede admitir, es que se afirme que la información contenida en ella, era para que los asesores comerciales (vendedores), la guardaran en la intimidad de su mente y no se la comunicaran a sus clientes potenciales.

Es más, no solo dichas afirmaciones podían ser utilizadas por los asesores, sino que en el expediente quedó probado que una copia del documento fue entregada a un cliente por parte de un asesor comercial, tal y como se desprende de las declaraciones de los señor Jorge E. Hurtado y Alvaro Younes.

- 2.1.2. Porque ni el manual de su integridad, ni las hojas del mismo se repartieron generalizadamente a potenciales clientes de Colmena.

Como se explicó anteriormente la información contenida en el manual era para que los asesores de ventas pudieran exponer y vender el producto.

Si bien en el expediente solamente se pudo demostrar que la página que contenía las comparaciones fue entregada a un cliente, ello no quiere decir que la información contenida en dicha página no se entregó verbalmente a otros clientes.

No puede ser que la SIC considere que para la realización de un acto de competencia desleal se requiera la continuidad y generalización del mismo para que resulte sancionable.

Obsérvese que fue con posterioridad a los reclamos de SALUD COLPATRIA que SALUD COLMENA ordenó recoger las páginas la Guía del Asesor.

Qué hubiera sucedido si COLPATRIA no se entera rápidamente de la conducta denunciada?

L 4 OCT. 2000

Por la cual se resuelve un recurso

Qué hubiera sucedido si COLMENA no retira las páginas del manual del asesor?

La SIC en el acto recurrido, está olvidando que para la realización de un acto de competencia desleal solo basta que la conducta tenga el propósito de vulnerar el principio de la buena fe mercantil y no necesariamente se requiere que dicha actitud produzca un efecto económico en el mercado, ni mucho menos que dicho efecto sea considerable (salvo en el caso del artículo 18 de la Ley 256 de 1996).

La SIC está regresando a los tiempos anteriores a la expedición de la Ley 256 de 1996, e inclusive a aquellos anteriores a la correcta interpretación que la Corte Suprema había dado a los artículos del Código de Comercio.

En efecto, anteriormente se consideró que la acción de competencia desleal era de naturaleza indemnizatoria y que solamente quien demostrara efectivamente un perjuicio podía interponer la correspondiente acción.

Dicha doctrina vino a ser corregida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de septiembre de 1995, en la cual se aclaró que la acción de competencia desleal podía ser de carácter preventivo y no era necesario que el accionante demostrara la realización efectiva de un perjuicio. En efecto, en la mencionada sentencia, la Corte señaló:

"Ni el citado artículo 75 ni el 76 del C. de Co. exigen tampoco que el competidor demandante haya experimentado un perjuicio singular y distinto del que de suyo encierra las prácticas mercantiles prohibidas, para que proceda la acción por competencia desleal, ni menos es necesario que haya en efecto confusión, desviación o desorganización de la clientela o de la empresa y el mercado, para que dicha acción sea de recibo, pues basta que los actos ejecutados por el competidor y de los cuales se duele el actor, sean por sí mismos suficientes para producir esos resultados, esto es, que sean intrínsecamente aptos para esos efectos".

Y más adelante agrega:

"Una cabal hermenéutica de este precepto obliga de una vez por todas a entender por perjudicado, no al comerciante víctima de un daño con tal entidad, causado por los actos desleales del competidor, sino al que está colocado en posición de recibirlos dada la idoneidad que la conducta desplegada por este último y que implica un riesgo actual para él por la sola capacidad intrínseca que tiene de producir esa clase de daños".

La exigencia de la SIC consistente en que se ha debido probar que las hojas del manual fueron repartidas en forma generalizada es un retroceso en el correcto entendimiento de la naturaleza ex-ante que tiene la ley de competencia desleal y que tuvo su origen en la sentencia anteriormente citada.

La idoneidad del acto no depende de su difusión, sino de su capacidad para afectar al competidor, razón por la cual la Ley 256 de 1996 estableció que los actos de competencia desleal se realizan cuando tenga como objeto producir un determinado efecto, independientemente de que el mismo se produzca.

La decisión de la SIC está creando un grave precedente, según el cual se puede suministrar a la fuerza de ventas de una empresa información incorrecta sobre sus competidores para

Por la cual se resuelve un recurso

14 OCT. 2000

que la utilicen para exponer y vender sus productos y que dichos vendedores la suministren a un cliente, pero que como ello solo ocurrió una vez, tal conducta no constituye un acto de competencia desleal.

Qué sucedería si ese cliente a quien se le suministra información errónea fuera el principal cliente de una pequeña empresa? Será que en este caso el acto si es desleal? La deslealtad depende entonces de la magnitud del efecto y no del peligro de divulgar y utilizar información falsa?

- 2.1.3. Porque las imprecisiones contenidas en el documento apenas están en algunos de los muchos campos de comparación que se incluyen en el paralelo entre denunciante y denunciado.

En la Resolución recurrida la SIC aceptan en varias ocasiones que se presentaron imprecisiones, afirmaciones contrarias a la realidad e información incorrecta en contra de COLPATRIA y sus productos, pero considera que por referirse dichas imprecisiones y afirmaciones contrarias a la realidad solamente a dos aspectos, las mismas no resultan idóneas para mantener o incrementar la participación de COLMENA en el mercado.

La utilización de una información en la cual se hacen comparaciones entre los servicios prestados por dos empresas competidoras por parte de su fuerza de ventas, es obviamente un acto que es idóneo para mantener o incrementar la participación de una empresa en el mercado.

Tal idoneidad se hace más evidente, si en el documento en el que consta tal comparación, y el cual es utilizado por los vendedores de la empresa en su capacitación y, según palabras de la señora Ruby Elena Ariza (folio 384 del expediente), para exponer y vender el producto, contiene imprecisiones, afirmaciones contrarias a la realidad e información incorrecta.

La idoneidad de la información incorrecta contenida en la guía del asesor para mantener o incrementar la participación de una empresa en el mercado, se hace evidente con los siguientes apartes de la declaración del señor Alvaro Younes:

PREGUNTA 26: Ha dicho en respuestas anteriores que posteriormente entregó este documento a su asesor de Colpatría.

Informe al despacho, con qué intención o motivo entregó el documento al asesor de Colpatría.

RESPUESTA: Quería saber si era verdad algún tipo de las preguntas que yo había hecho con relación al plan que yo tenía y también que el asesor de Colpatría me comentara las diferencias con relación al plan de colmena, no podía haber visto otra intención cuando le presenté el folleto al asesor de Colpatría.

PREGUNTA 29: Infórmenos si durante esa reunión se discutió el contenido del documento a que se ha hecho referencia y durante cuánto tiempo.

RESPUESTA: Inicialmente él no le prestó mucho mérito al documento yo posteriormente le dije que si era verdad algunas preguntas de las que le había hecho el asesor de colmena, fue cuando él tuvo el documento en sus manos y vio cosas que aparentemente por la expresión de su cara no le gustaron, cuánto se demoró la reunión no recuerdo pero él es generoso en el tiempo que me dedica para hablar de las cosas con relación al plan.

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT 2000

PREGUNTA 46: Si al día de hoy usted supiera que el contenido del documento o del folleto entregado a usted, no guarda identidad con la realidad sentiría usted que hubo un descrédito frente a Colpatria.

REPUESTA: Tal como lo pregunta si.

PREGUNTA 51: Tiene algo más que decir en la presente diligencia.

RESPUESTA: No, no pensé que dicho documento trascendiera tanto y lo único que me quedaría en la duda es si el documento es cierto y espero que la Superintendencia resuelva el problema, de si era verdad o no el documento, que me lo haga saber, ya que me vi comprometido independientemente de la decisión creo que ambas compañías son serias, muy responsables, ojalá por la mejor vía posible arreglarán su diferencia. No me une a ninguna de las dos afectos especiales ni desafectos especiales, con Colpatria tengo medicina prepagada y una cuenta de horros y con Colmena no tengo nada pero no implica para la observación anteriormente hecha.

Es evidente, que el señor Younes dudó por algún momento si renovaba su afiliación a SALUD COLPATRIA o si ingresaba a SALUD COLMENA.

Tal duda se originó en la información que le fue suministrada y por eso solicitó tanto al asesor de COLPATRIA, como a la SIC, que le manifestaran si la información contenida en el folleto era cierta o no.

El hecho de que las imprecisiones, la información incorrecta o las afirmaciones contrarias a la realidad sea una o varias, no puede ser el criterio para determinar la idoneidad o no de una conducta.

Tal interpretación desconoce, que la propia Ley establece una presunción de derecho sobre el carácter desleal de utilizar esta clase de información.

La única forma de desvirtuar el carácter de desleal de la conducta es demostrando que la información utilizada es precisa verdadera y correcta.

Lo que en todo caso no puede servir de excusa, es que la información falsa o imprecisa sea poca.

2.1.4. Porque el cliente a quien se le entregó la fracción del documento no se inclinó por Colmena

Nuevamente la SIC hace depender la idoneidad de la conducta en el efecto mismo y no en su propósito, que es lo que establece la Ley 256 de 1996.

Como se explicó en el punto anterior, la información contenida en el documento que se le entregó al señor Younes le hizo dudar sobre la conveniencia o no de continuar afiliado a SALUD COLPATRIA.

Es decir, la información incorrecta y falsa si tenía la capacidad para que un cliente considerara ingresar a SALUD COLMENA.

Obsérvese que el señor Younes decidió renovar su afiliación de COLPATRIA por la calidad del servicio que le habían prestado en dicha empresa y por la premura con que debía tomar

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT. 2000

la decisión, pero las dudas que le generó el documento entregado por el asesor de ventas persistían hasta la fecha del testimonio. En efecto, el señor Younes señaló lo siguiente:

"PREGUNTA 30: Díganos qué motivó su decisión de mantener su afiliación con la empresa Colpatría.

RESPUESTA: El servicio que me ha brindado durante el tiempo que he permanecido, el asesor que ha estado siempre oportunamente atendiéndome, y probablemente aquello de que los colombianos no cambiamos fácilmente de una marca a otra sin motivos aparentes."

"PREGUNTA 41: Entiende de acuerdo con su respuesta anterior, cómo resolvió usted las dudas que le generó entre los dos planes el ofrecimiento del vendedor de colmena y la reiteración del ofrecimiento del plan de Colpatría.

RESPUESTA: Realmente no tuve cómo sacar verdades de entre uno y otro plan la única manera de resolverlo es que a los muy poquitos días se me vencía y tomé la decisión de renovar y no quedar desprotegido por eso renové con Colpatría.

Qué hubiese sucedido si a la fecha de vencimiento del contrato no estuviera cercana?

Probablemente habría analizado con más detenimiento la información que COLMENA le suministró, y con el convencimiento de que ella era cierta, habría decidido afiliarse a SALUD COLMENA.

PERO COMO ELLO NO SUCEDIÓ, La SIC considera que la información falsa que contenía el documento no tenía la idoneidad para convencer a un cliente potencial de afiliarse a SALUD COLMENA.

Según la SIC, para la ley de competencia desleal y para la autoridad de la competencia resulta indiferente que la información que utilicen los asesores de ventas de una empresa de medicina prepagada y que le suministran a sus clientes potenciales, sea verídica o errónea, puesto que si el cliente no se desplaza de una compañía a otra, la conducta no se revela como idónea para mantener o incrementar la participación en un mercado.

Así las cosas, según la SIC, solamente resulta idóneo para lograr mantener o incrementar la participación en un mercado, aquello que efectivamente desplace clientes de un competidor a otro.

Por lo tanto, cualquier participante en un mercado puede utilizar información imprecisa e incorrecta sobre sus competidores y sus víctimas no logran demostrar que debido a ello hubo un desplazamiento de la clientela, no existe acto de competencia desleal.

En mi opinión, este es el peor mensaje que la autoridad de la competencia puede dar a los participantes del mercado.

2.2. ACTOS DE ENGAÑO

El artículo 11 de la Ley 256 de 1996, dispone lo siguiente:

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT. 2000

"Artículo 11. Actos de engaño. En concordancia con lo establecido en el punto 3 del numeral 3o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante la Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas y la omisión de las verdaderas o cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de preparación, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos" (El subrayado y las negrillas son mías).

La Resolución 13492 de 2000 reconoce que en el expediente quedó demostrado que por lo menos dos de las afirmaciones realizadas por SALUD COLMENA en el documento que entregó a sus asesores comerciales y que éstos utilizaban para capacitarse, exponer y vender el producto, son imprecisas, incorrectas y contrarias a la realidad.

Igualmente acepta la Resolución recurrida que al menos en una oportunidad la información le fue entregada a un cliente potencial.

A pesar de lo anterior, la SIC considera que no se presentaron actos de engaño por las siguientes razones:

2.2.1 Porque supuestamente en el expediente no quedó demostrado que el objeto de la mencionada información fuera inducir a error o engaño al público respecto de la actividad ajena.

Tal conclusión es falsa como paso a explicar.

En efecto, como lo manifestó la señora Xiomara del Pilar Jiménez Acero, en su testimonio:

"PREGUNTADA: Ha dicho usted a este despacho que participó en la elaboración de la guía. cuál cree usted que fue el objetivo de la elaboración de la guía.

RESPUESTA: Material interno de capacitación para que el asesor lo utilizara como herramienta de capacitación".

"PREGUNTADA: Las estrategias de ventas que son expuestas en la capacitación a los asesores y que están contenidas en la guía del asesor comercial son obligatorias para el asesor al momento de ofrecer el producto.

RESPUESTA: Si es obligatoria, no existe nada sobre que es obligatoria, pero se capacita para que se utilice como herramienta pero no existe un documento. "

Por su parte, la señora Ruby Elena Ariza hoyos manifestó lo siguiente:

"14 PREGUNTA: Sabe usted si el asesor comercial puede al momento de ofrecer el producto mencionar la información que aparece contenida en la guía del asesor comercial.

L 4 OCT. 2000

Por la cual se resuelve un recurso

RESPUESTA: La información que está en la guía es para que ellos puedan exponer el producto y venderlo. Es la forma de que ellos se capaciten y puedan vender nuestros productos.

Es decir, la información que se le entrega al asesor comercial es para que la utilice en su trabajo, el cual consiste en ofrecer los servicios que presta SALUD COLMENA.

Si como lo ha aceptado la SIC, la información contenida en dicho manual es falsa, y la misma fue desarrollada con el objeto de ser utilizada como herramienta de trabajo de la persona que ofrece el producto. cómo puede dejar de inducir a error dicha información?

El propósito que tuvo SALUD COLMENA al elaborar la guía del asesor, documento en el cual aparecen las comparaciones e informaciones incorrectas e imprecisas que perjudican la imagen institucional y los productos que vende SALUD COLPATRIA, era capacitar a sus vendedores y que ellos utilizaran esa información para vender el producto.

El error es la falsa apreciación de la realidad.

Demostrado como se encuentra que varias de las afirmaciones realizadas en el documento que dio origen a la apertura de la presente investigación no corresponden a la realidad y que algunas aunque objetivamente ciertas, indican hechos que no lo son, es evidente que la utilización de esta información por parte de la persona que ofrece el producto a los clientes, hace que los mismos consideren como ciertos, hechos que en realidad no lo son, distorsionándoles de esta forma la apreciación de la realidad.

- 2.2.2. Porque no resulta demostrado que algún usuario actual o potencial de la medicina prepagada haya sido efectivamente inducido a error.

Es curioso que la resolución recurrida contenga una afirmación como la anterior, cuando pocos renglones antes manifiesta lo siguiente:

" La hoja en la que consta la imprecisión, fue entregada por un vendedor de Colmena a un cliente de Colpatria como parte de los argumentos para que cambiara de prepagada".

Inducir es según el Diccionario de la Lengua Española "*Instigar, persuadir, mover a uno*".

Por su parte, persuadir se define como "*Inducir, mover, obligar a uno con razones a creer o hacer una cosa*".

Obsérvese que la inducción no requiere que necesariamente el inducido realice una conducta. Basta con que el sujeto objeto de la inducción crea algo.

Error es la falsa apreciación de la realidad.

Si para la SIC quedó demostrado que la información contenida en el manual del asesor era imprecisa y errónea y que la misma fue entregada a un cliente de Colpatria, cómo puede afirmar que dicha situación no es un acto que busca persuadir a alguien para que aprecie en forma errónea la realidad.

4 OCT 2000

Por la cual se resuelve un recurso

Es más, tal y como puede apreciarse en las respuestas dadas por el señor Alvaro Younes a las preguntas Nos. 26, 29, 46 y 51, la información contenida en el documento le hizo dudar acerca de si el plan de SALUD COLPATRIA era o no el que le convenía, y como dicho cliente consideraba que la información que le fue entregada era verdadera.

PREGUNTA 26: Ha dicho en respuestas anteriores que posteriormente entregó este documento a su asesor de Colpatría. Informe al despacho, con qué intención o motivo entregó el documento al asesor de Colpatría.

RESPUESTA: Quería saber si era verdad algún tipo de las preguntas que yo había hecho con relación al plan que yo tenía y también que el asesor de Colpatría me comentara las diferencias con relación al plan de colmena, no podía haber visto otra intención cuando le presenté el folleto al asesor de Colpatría.

PREGUNTA 29: Infórmenos si durante esa reunión se discutió el contenido del documento a que se ha hecho referencia y durante cuánto tiempo.

RESPUESTA: Inicialmente el no le prestó mucho mérito al documento yo posteriormente le dije que si era verdad algunas preguntas de las que le había hecho el asesor de colmena, fue cuando el tuvo el documento en sus manos y vio cosas que aparentemente por la expresión de su cara no le gustaron, cuánto se demoró la reunión no recuerdo pero él es generoso en el tiempo que me dedica para hablar de las cosas con relación al plan .

PREGUNTA 46: Si al día de hoy usted supiera que el contenido del documento o del folleto entregado a usted, no guarda identidad con la realidad sentiría usted que hubo un descrédito frente a Colpatría.

RESPUESTA: Tal como lo pregunta si.

PREGUNTA 51: Tiene algo más que decir en la presente diligencia.

RESPUESTA: No, no pensé que dicho documento trascendiera tanto y lo único que me quedaría en la duda es si el documento es cierto y espero que la Superintendencia resuelva el problema, de si era verdad o no el documento, que me lo haga saber, ya que me vi comprometido independientemente de la decisión creo que ambas compañías son serias, muy responsables, ojalá por la mejor vía posible arreglaran su diferencia. No me une a ninguna de las dos afectos especiales ni desafectos especiales, con Colpatría tengo medicina prepagada y una cuenta de ahorros y con colmena no tengo nada pero implica para la observación anteriormente hecha.

Si el doctor Younes, persona de un nivel cultural y académico importante, quería saber si la información contenida en dicho documento era verdadera o falsa, es porque creyó que la misma era verdadera.

Ahora bien, si en el expediente quedó demostrado que los "comparativos resultaron ser contrarios a la realidad",¹ obviamente la creencia del doctor Younes difiere de lo que es la realidad.

¹Página 1 de la Resolución 13492 de 2000

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT. 2000

Por lo tanto, en el expediente no solo se demostró que la conducta desarrollada por SALUD COLMENA tenía como objeto inducir a error sino que efectivamente indujo cuando menos a una persona .

2.3 ACTOS DE PROHIBICION GENERAL

El artículo 7o. De la ley 256 de 1996 establece la cláusula general de competencia, la cual tiene aplicación para aquellas conductas que siendo desleales no se encuentran expresamente descritas en la ley 256 de 1996.

La SIC considera que no se encontró que existiera una falta de honestidad, lealtad o pulcritud por parte de Salud Colmena, toda vez que concurren los siguientes hechos:

2.3.1. A la fecha de elaboración de la guía del asesor comercial Salud Colmena estaba imposibilitada para conocer las modificaciones al clausulado de Colpatria, toda vez que éstas todavía no se habían efectuado.

Sinceramente no entiendo tal afirmación. En efecto, en las modificaciones a los planes de COLPATRIA fueron aprobadas mediante Resolución No. 0775 del 22 de abril de 1998 de la Superintendencia Nacional de Salud (folios 488 a 490 del expediente).

Tal y como lo señaló la señora Ruby Elena Ariza en la respuesta dada a las preguntas Nos. 42 y 43 (folios 388 y 389 del expediente), la Guía del Asesor fue entregada entre los meses de junio y julio de 1998.

Entre abril de 1998 y junio de 1998 existen tres meses de diferencia, y el mes de abril es anterior y no posterior al mes de junio.

Es decir, la Guía del Asesor fue elaborada y entregada con posterioridad a la aprobación de las modificaciones de los planes de COLPATRIA y con pleno conocimiento de los mismos por parte de SALUD COLMENA.

Así lo señaló la propia Resolución recurrida en los siguientes términos:

"Colmena comenzó la elaboración de la guía a finales de 1997 y entregó a guía a sus vendedores en julio de 1998. La Superintendencia Nacional de Salud aprobó la modificación de los clausulados de Colpatria el 22 de abril de 1998.

2.3.2. La información obtenida en el comité formado por varias prepagadas sirvió de base para la elaboración de la guía del asesor. En lo referente a Salud Colpatria, la información provino directamente de esta empresa, de manera que no puede existir mala fe cuando se utilizó información que el presunto afectado entregó.

En el expediente solamente aparece probado que las empresas tenían reuniones en las cuales intercambiaban información acerca de los diferentes planes y servicios que prestaban.

Pero en ninguna parte del expediente aparece probado que la información incorrecta o imprecisa que incluyó SALUD COLMENA en el manual del asesor haya sido proporcionada por SALUD COLPATRIA.

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT. 2000

Lo que demuestran las mencionadas reuniones, es que las personas que elaboraron la guía del asesor, conocían los servicios de SALUD COLPATRIA.

Por lo tanto, incluir información imprecisa y errónea a pesar de haber obtenido una información por parte de funcionarios de COLPATRIA, no es simplemente un error sino un acto de mala fe.

Peor es la conducta de los funcionarios de SALUD COLMENA si se analiza la respuesta dada por la Señora Ruby Elena Ariza a la pregunta no. 60 de su testimonio:

"60 PREGUNTA: Sabe usted si en Colpatría los pacientes tienen que ir primero al médico de atención integral antes de consultar un especialista".

RESPUESTA: Para 4 o 5 especialidades no tienen que ir al médico y para Salud Colmena no tienen que ir en ningún caso, van libremente al especialista que quieran, en el momento en que quieran".

Claramente se puede apreciar que dicha funcionaria sabía que en SALUD COLPATRIA no siempre se tiene que ir ante un M.A.I. Antes de consultar un especialista y pese a dicho conocimiento permitió que en la Guía de asesor se incluyeran las siguientes afirmaciones :

"Médico de Atención Integral (M.A.I.), el cual remite a Médico Especialista".

"COLMENA salud no posee el Médico de Atención integral (M.A.I.), lo que implica que todos los usuarios pueden recurrir directamente a los médicos especialistas de la guía médica que deseen, sin ninguna restricción, disminuyendo así el proceso de atención".

Tal manera de actuar es evidentemente una conducta que no puede enmarcarse dentro del concepto de buena fe.

- 2.3.3. Cuando Salud Colmena se enteró de la inconformidad de Colpatría sobre el contenido de la guía, ordenó inmediatamente el retiro de las hojas que originaron la disputa, guía que incurrió en algunas incorrecciones más por desactualización que por mala fe o intención deshonesta frente a la competencia.

Como quedó explicado anteriormente, no es cierto que la guía haya sido repartida con anterioridad a la aprobación de la modificación del clausulado de los planes de SALUD COLPATRIA, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

También se ha probado que los funcionarios de SALUD COLMENA conocían los planes de SALUD COLPATRIA y pese a ello incluyeron información que la misma SIC califica de imprecisa y contraria a la realidad.

Si incluir información desactualizada, imprecisa y contraria a la realidad acerca de los competidores para que sea utilizada por los asesores comerciales, pese a que se sabe que dicha información no es cierta, no es un acto contrario a la buena fe, me pregunto Qué se necesita para que la autoridad de la competencia le de el carácter de mala fe a una actuación?.

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT. 2000

El abstenerse de continuar realizando una conducta desleal, no quiere decir que la misma no se hubiese realizado, ni que cuando se realizó se actuó de buena fe.

Para cualquiera es bastante fácil realizar una conducta desleal e inmediatamente se es descubierto, detener la realización de la misma, puesto que es muy probable que los beneficios que obtiene con la conducta son mayores que la sanción que se le impondría.

Pero si con el solo hecho de detener la realización de la conducta, la SIC lo va a considerar como alguien que actuó de buena fé y que por lo tanto no debe ser sancionado, el competidor desleal evidentemente no tendrá ningún temor de realizar esta clase de conductas, puesto que además de los beneficios que puede obtener por competir deslealmente, no correrá con los riesgos de ser sancionado.

Finalmente encuentro desconcertante que en el informe motivado y en la Resolución 13492 se señale lo siguiente:

*"Respecto de las afirmaciones de Colmena sobre su propio producto, son inocuas para la tipificación de competencia desleal por engaño, ya que como se señaló, la afirmación incorrecta debe recaer sobre el bien, prestación o establecimiento ajeno y no sobre el propio"*²

*"Así mismo, respecto de las afirmaciones de Colmena sobre su propio producto, son inocuas para la tipificación de competencia desleal por engaño, ya que para este supuesto, la afirmación incorrecta debe recaer sobre el bien, prestación o establecimiento ajeno y no sobre el propio"*³

Si bien es cierto que las afirmaciones incorrectas sobre el establecimiento y las prestaciones propias no tipifican una conducta desleal por engaño, la doctrina ha sido clara en señalar que esta clase de conducta es un ejemplo evidente de los actos de competencia desleal previstos en la cláusula general de competencia.

En efecto, el doctor Jorge Jaeckel señala que el artículo 11 de la Ley 256 de 1996, sanciona el utilizar afirmaciones o aseveraciones incorrectas o falsas respecto de los terceros, pero nada establece en relación con las afirmaciones o aseveraciones incorrectas o falsas que se hacen de los productos, prestaciones o servicios propios, razón por la cual cuando las afirmaciones falsas o incorrectas se hacen sobre los productos o servicios propios debe acudir a la cláusula general de competencia.⁴

² Página 11 del Informe Motivado

³ Página 29 de la Resolución 134923 de 2000

⁴ Es de anotar que ni en la ley española, ni en el proyecto inicial que se presentó a consideración del senado, los actos de engaño hacen referencia al competidor, pues en tales textos el error al que se induce al público está circunscrito a la propia oferta. En tal sentido el Proyecto de ley buscaba castigar la falsa publicidad, la cual quedó excluida del artículo 11 de la ley 256 de 1996, cuando dicha falsedad se refiere a los productos, servicios o prestaciones propios.

En este punto toma importancia la cláusula del artículo 70, toda vez que no estando incluida la falsa publicidad en ninguno de los casos enunciados expresamente por el legislador, se hace necesario acudir a esta norma para reprimir las conductas, pues constituye un medio desleal apto para inducir a error y engaño al consumidor (Kaeckel Kovacs, Jorge. Apuntes sobre Competencia Desleal. Artículo publicado en Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana. Colección Seminarios 8 CEDEC, CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA. PÁGINA 62.)

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT. 2000

Si para la SIC quedó demostrado que SALUD COLMENA incurrió en imprecisiones sobre sus propios servicios, obviamente nos encontramos frente a un acto de competencia desleal.

No puede ser que un partícipe de un mercado pueda convencer a sus clientes potenciales de afiliarse a sus planes haciendo afirmaciones incorrectas de sus propios productos y la autoridad de la competencia lo considere un competidor leal.

Las personas que elaboraron la Guía del Asesor, no son personas que desconocen el mercado y mucho menos que no conozcan los servicios que SALUD COLMENA ofrece en sus planes (son sus funcionarios).

Por lo tanto, incluir información incorrecta sobre los planes propios, no es simplemente un error sino un acto de mala fe.

Es decir, el elemento de falta de buena fe comercial que la Resolución 13492 de 2000 consideró que no estaba probado, se evidencia claramente en el análisis anteriormente expuesto y en consecuencia la SIC debe proceder a sancionar a la empresa investigada.

Según la interpretación de la SIC, un comerciante de vehículos podría anunciar que los carros que vende tienen 2.000 centímetros cúbicos, cuando en realidad tienen 1.200, y aunque falte a la verdad, no incurre en competencia desleal porque no realizó aseveraciones incorrectas de sus competidores.

2.4 ACTOS DE DESVIACION DE LA CLIENTELA Y DE DESCREDITO

Para la SIC no se presentan los requisitos para considerar la conducta de SALUD COLMENA tuviere por objeto desviar por medios deshonestos la clientela actual lo potencial de Colpatria por las siguientes razones:

2.4.1 Porque no se pudo probar la intencionalidad de SALUD COLMENA en cuanto a dos frases que resultaron incorrectas.

Las frases que la SIC encontró incorrectas fueron las siguientes:

"Médico de Atención Integral (M.A.I.), el cual remite a Médico Especialista".

"El valor del examen de ingreso o paquete evaluativo es de \$146.000."

"Cubrimiento limitado de 20 días para cuidados intensivos en los planes original, amigo y alterno. Límite de 30 días para la hospitalización por tratamiento no quirúrgico en los planes original, amigo y alterno. Límite de días por hospitalización por cirugía programada".

Es decir, que las dos frases no son dos sino tres.

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT. 2000

Como se explicó anteriormente, no es cierto que las modificaciones a los planes hayan sido posteriores a la entrega de la guía del asesor a los asesores comerciales de COLMENA.

Igualmente ha quedado plenamente demostrado que los funcionarios de SALUD COLPATRIA sabían que en SALUD COLPATRIA no siempre se tiene que ir ante un M.A.I. antes de consultar un especialista (Ver respuesta de la señora Ruby Elena Ariza a la pregunta No. 60).

Adicionalmente se probó que la información de la guía del asesor fue suministrada a dichos asesores para que expusieran y vendieran el producto. Es más se demostró que, al menos en una oportunidad, un cliente recibió una copia física del documento en el que aparece la información contraria a la realidad.

Así las cosas, si bien no se pudo demostrar que la conducta hubiese logrado desviar clientes de COLPATRIA hacia COLMENA, si quedó demostrado que la guía del asesor, y dentro de ella la información comparativa entre las dos empresas, sería y fue utilizada para persuadir a posibles clientes de afiliarse a SALUD COLMENA.

- 2.4.2. Las frases incorrectas carecen de potencialidad para el daño a la denunciante por competencia desleal.

Unas frases que contienen información incorrecta dentro de un documento en el cual se comparan los servicios de una empresa frente a su competidor, son tal vez el arma más potente para causar daño a aquella persona de la cual se dice algo falso o erróneo.

Una información en la cual se hacen comparaciones de los servicios ofrecidos por dos empresas, señalando ventajas y desventajas no puede tener sino el propósito de lograr que el consumidor se decida por aquella que se presenta como mejor.

Si lo que la SIC requería era que SALUD COLPATRIA perdiera un porcentaje significativo de sus usuarios para demostrar que la conducta si tenía capacidad para causar daño, el propósito que tuvo el legislador al establecer que "*se considera desleal toda conducta que tenga como objeto ...*", ha quedado borrado de un solo tajo por la autoridad de la competencia.

Según la interpretación de la SIC, COLPATRIA ha debido esperar a que la conducta de COLMENA le causara perjuicios significativos, antes de quejarse ante dicha empresa o iniciar un proceso.

Nuevamente la SIC regresa a los tiempos en que se consideraba que el titular de la acción de competencia desleal era únicamente "*el perjudicado*".

- 2.4.3. El cliente que recibió la información comparativa no se trasladó de compañía.

La SIC está exigiendo que para la realización de la conducta desleal se presente el efecto y no basta con que la conducta tenga el propósito.

No puedo creer que las modificaciones introducidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y confirmadas en la ley 256 de 1996, en cuanto a la aplicación ex-ante de la competencia desleal, no existan para la autoridad de la competencia.

Por la cual se resuelve un recurso

E 4 OCT 2000

- 2.4.4. Respecto del objeto de causar descrédito a Colpatría, no aparece demostrado que la conducta de Colmena y de sus asesores de venta busquen perjudicar de alguna manera la buena imagen que ostente la compañía frente a terceros.

Según la doctrina, lo fundamental para valorar como descrédito la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones con respecto a la persona del empresario, sus prestaciones, o a sus establecimientos, es que las mismas sean falsas.⁵

Denigrar es deslustrar, ofender la opinión o fama de una persona.

El buen nombre, concepto que tiene estrecha relación con la fama de una persona, ha sido considerado por la Corte Constitucional como el grado de aceptación que sobre una persona se formen los demás individuos que integran la sociedad, y el mismo se afecta, ha dicho la misma corporación, cuando se difunden informaciones falsas o erróneas.⁶

Igualmente, la doctora Maria Consuelo Gacharná señala que: *"Tampoco puede considerarse denigratoria- ni por consiguiente enmarcarse dentro de la modalidad que se estudia- la evaluación razonada y serena que se hace de las calidades o defectos de otros productos, servicios, empresarios o establecimientos, cuando ella se produce en ejercicio de la sana crítica que permite al consumidor formar un criterio objetivo sobre el cual fundamentar su elección en el mercado."*⁷

Por el contrario, si dicha comparación se hace afirmando o negando características falsas o erróneas del empresario, de sus prestaciones, o de sus establecimientos, obviamente se está afectando el grado de aceptación que las personas se han formado de él.

En el informe motivado y en la Resolución recurrida se acepta que varias de las afirmaciones y negaciones que se hacen sobre SALUD COLPATRIA, contenidas en la Guía del Asesor de SALUD COLMENA, son inexactas e imprecisas, y a pesar de ello se señala que las mismas no constituyen actos de descrédito de mi representada.

Cómo puede ser posible que una afirmación falsa sobre el cubrimiento de los servicios que presta una empresa en medicina prepagada, no le haga pensar al usuario que los servicios que dicha empresa presta no son tan buenos como él pensaba?

La respuesta es obvia, y la dio el señor Alvaro Younes ante las preguntas Nos. 46 y 47, formuladas por el apoderado de la parte denunciada en los siguientes términos:

"PREGUNTA 46: Si al día de hoy usted supiera que el contenido del documento o del folleto entregado a usted, no guarda identidad con la realidad sentiría usted que hubo un descrédito frente a Colpatría.

RESPUESTA: Tal como lo pregunta si

⁵ GOMEZ LEYVA, Delio. De las Restricciones, del Abuso y de la Deslealtad en la Competencia Económica. Cámara de Comercio de Bogotá, Página 409.

⁶ Corte Constitucional Sentencia T.-296 del 5 de mayo de 1996. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

⁷ GACHARNA, Maria Consuelo. La Competencia Desleal. Editorial Temis. 1.982. Página 88

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT 2000

PREGUNTA 47: Al día de hoy, si en su opinión el documento contuviese información que guarde identidad con la realidad usted consideraría que había un descrédito.

RESPUESTA : No.

La comparación de dos empresas o la afirmación de cuestiones desfavorables de un competidor, no está prohibida, siempre y cuando la misma se haga sobre la base de la certeza. Lo que no puede permitirse es que la comparación y las aseveraciones sobre un competidor contengan información falsa, porque entonces nos encontramos frente a la denigración del competidor.

Para la SIC resulta indiferente que una empresa afirme cuestiones incorrectas de sus competidores, porque lo usual en el mercado es hacer comparaciones entre los planes de las diferentes empresas.

Para la SIC resulta indiferente que una empresa afirme cuestiones incorrectas de sus competidores, porque lo usual en el mercado es hacer comparaciones entre los planes de las diferentes empresas.

SALUD COLPATRIA no pretende que a SALUD COLMENA se le prohíba comparar sus productos con los de SALUD COLPATRIA, lo que busca es que la comparación se haga incluyendo información verdadera y no contraria a la realidad como sucedió en este caso.

Si hacer afirmaciones falsas del competidor no es un acto de competencia desleal, cómo le pido a mi cliente que en los cursos de capacitación de su fuerza de ventas no se suministre información imprecisa sobre las demás empresas de medicina prepagada?

Por todo lo anterior respetuosamente solicito a la SIC que reconsidere su posición y revoque el acto recurrido, con el fin de que no se cree un precedente injusto para con mi cliente y nocivo para el derecho a la competencia, como es que se puedan hacer afirmaciones imprecisas sobre los competidores y sobre los propios servicios, sin que por ello se incurra en una violación a las normas de competencia desleal, por cuanto dichas afirmaciones son pocas y porque los documentos en las cuales constan son retirados inmediatamente se es descubierto."

SEGUNDO: De acuerdo con lo señalado en el artículo 59 del código contencioso administrativo se resolverán todas las cuestiones que haya sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, siguiendo para ello el orden en que se presentaron los argumentos:

1 Ambito objetivo de aplicación. Finalidad concurrencial

1.1 Fines concurrenciales y comportamientos desleales

Conforme con lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 256 de 1996 los comportamientos previstos como desleales tendrán esa connotación siempre que se realicen con fines concurrenciales. A reglón seguido el mismo artículo establece una presunción según la cual hay finalidad concurrencial cuando por las circunstancias en que se realiza el acto, éste se revele desde un análisis objetivo, como idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT 2000

Entendiendo las palabras de la ley en su sentido natural y obvio,⁸ la concurrencia es aquella acción y efecto de concurrir; coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias; asistencia, participación.⁹ A su vez, concurrir es juntarse en un mismo lugar o tiempo diferentes personas, sucesos o cosas; tomar parte en un concurso.¹⁰ En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que quien concurre puede ser un competidor o un tercero, la finalidad concurrencial se puede explicar en el ámbito de un mercado de actos competitivos por la necesidad de aplicar la ley de competencia desleal solo a aquellas conductas que tengan la capacidad de interrumpir u obstaculizar el tráfico de relaciones jurídicas y económicas con que opera un competidor determinado en ejercicio de su actividad lícita, de modo que aquellas conductas objetivamente inocuas que se realicen por una persona dentro del mercado quedan por fuera del ámbito de aplicación del régimen de competencia desleal, porque en últimas no tienen la potestad intrínseca de ser usadas como estrategia o herramienta para mantenerse o incluso expandirse en el mercado competido.

Ahora bien, sea que el acto se analice a la luz del concepto general de concurrencia, o de su correspondencia con la presunción contenida en el segundo párrafo del artículo 2 de la ley 256 de 1996, lo cierto es que el análisis no implica la determinación de la bondad o maldad de ninguna de las facetas que hubiera tenido el comportamiento, sino solamente saber si el comportamiento se realizó en el mercado y si, además, si lo fue con fines concurrenciales.

Debe ahora anotarse que la conclusión sobre la finalidad concurrencial es precedente al estudio de "tipicidad" de la conducta según las previsiones positivas sobre competencia desleal. Así, si al poner bajo examen el comportamiento que se estudia éste se evidencia como carente de fines concurrenciales o no idóneo para mantener o incrementar una participación en el mercado, no será preciso avanzar en el estudio porque, por mandato legal, nunca tendrá la consideración de actos de competencia desleal.¹¹

1.2 Análisis integral de los hechos

El estudio que comentamos en el número anterior se realiza integrando la totalidad de los hechos probados durante el proceso, de modo que se puedan reconstruir las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la conducta investigada. Solo de este modo se puede apreciar, objetivamente, la idoneidad de lo actuado por el investigado para considerarse finalidad concurrencial.¹²

En los puntos 2.2 y 4 de la resolución impugnada se presentó una descripción de todas las circunstancias fácticas, integradas y armonizadas, que permiten apreciar con claridad que lo ocurrido carece de fines concurrenciales y, en particular, es objetivamente no apto para mantener o incrementar ninguna participación en el mercado.

⁸ Artículo 28 del código civil.

⁹ Diccionario de la Real Academia Española. Real Academia de la Lengua. 1998.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Artículo 2 de la ley 256 de 1996.

¹² La jurisprudencia invocada en el recurso permite apreciar con sencillez el asunto respecto de la procedencia de las acciones de competencia desleal: "...basta que los actos ejecutados por el competidor y de los cuales se duele el actor, sean por sí mismos suficientes para producir esos resultados, esto es, que sean intrínsecamente aptos para esos efectos." Corte Suprema de Justicia, sentencia del 12 de septiembre de 1995.

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT. 2000

En el anterior entendimiento la aproximación del inconforme está mal. Esto por cuanto lo que hizo el recurrente fue desglosar los muchos componentes de lo que sucedió, para luego adentrarse en una elaboración teórica de si su hipótesis abstracta podía o no llegar a constituir competencia desleal.

Ciertamente, este Superintendente no niega, por ejemplo, que hacer afirmaciones imprecisas sobre prestaciones ajenas o incorrectas sobre las propias pueda llegar a ser considerado desleal. No. Lo que fundadamente concluimos fue que en las condiciones de tiempo, modo y lugar en que los hechos ocurrieron, no tienen el carácter concurrencial que se exige en la ley.

En relación con lo anterior, para este Despacho es fundamental esclarecer que en el estudio de finalidad concurrencial no se está expresando que hay de por medio competencia desleal o no, simplemente es una apreciación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, sin evaluarse si se cumplen o no los requisitos que exigen los tipos de competencia desleal. En esa medida, no cabe la discusión sobre objeto o efecto u otros elementos, para calificar un acto como de fines concurrenciales. Es decir, la finalidad concurrencial con que se desarrolle una conducta no implica que deba ser competencia desleal. Existe una variedad de situaciones donde se puede apreciar que un acto concurrencial no sea desleal.

Igualmente se indicó en el recurso que la Superintendencia acepta que en 2 ocasiones se encontraron imprecisiones en el texto de Colmena y que considera que eso no es desleal. Al respecto, se vuelve a señalar que la argumentación de la Superintendencia no califica esa situación de desleal o no, sino que solo ayuda para entender el conjunto de circunstancias que rodearon el actuar de Colmena.

2. Inexistencia de actos contrarios a la prohibición general

Para el recurrente la guía del asesor de Colmena, que contiene la hoja de las argumentaciones que originan la contienda, fue elaborada y entregada con posterioridad a la aprobación de las modificaciones de los planes de Colpatria y con pleno conocimiento de los mismos por parte de la denunciada. En esa medida, a juicio del apoderado de Colmena no es cierto lo expresado en la resolución recurrida cuando se señaló que "a la fecha de elaboración de la guía del asesor comercial, Salud Colmena estaba imposibilitada para conocer las modificaciones al clausulado de Colpatria, toda vez que éstas aún no se habían efectuado."

Este Despacho no comparte lo planteado en el recurso. La afirmación hecha en la decisión recurrida es clara en que, a la fecha de elaboración, es decir finales de 1997, no se habían aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud las modificaciones a algunas de las cláusulas de los planes de Colpatria, hecho ocurrido el 22 de abril de 1998.

Así las cosas, resulta indiscutible que la mala fe alegada por el denunciante no se demostró dentro del proceso, toda vez que lo que resultó comprobado fue la imposibilidad por parte de Colmena para ordenar voluntaria y deliberadamente la omisión o inclusión de alguna falsedad en la guía de la discordia, ya que, como se anotó, para esa época no existían las modificaciones.

Por otro lado, de la evidencia a disposición, no se puede colegir que por haberse expedido, el 22 de abril de 1998, una resolución, de carácter particular, de aprobación de un nuevo clausulado de Colpatria, el mercado quede inmediatamente notificado, en la medida que con posterioridad a la fecha de los hechos aparecieron publicaciones en El Nuevo Siglo, donde la misma Colpatria anuncia sus propios productos con condiciones y restricciones exactas a las que en la denuncia fueron presentadas como falsedades de Colmena.

4 OCT. 2000

Por la cual se resuelve un recurso

El recurso también señala que no está probado que la información incorrecta o imprecisa que incluyó Colmena haya sido proporcionada por Colpatría, sino que las reuniones que se desarrollaron con algunos competidores demuestran que los que elaboraron las guías conocían los servicios de Colpatría, por lo que no habría un error sino un acto de mala fe.

Frente a esa posición, se considera que no es de recibo toda vez que la posibilidad de considerar mala fe quedó eliminada en las circunstancias descritas en los párrafos inmediatamente anteriores, siendo entonces la afirmación "La información obtenida en el comité formado por varias prepagadas sirvió de base para la elaboración de la guía del asesor. En lo referente a Salud Colpatría, la información provino directamente de esta empresa, de manera que no puede obrarse de mala fe cuando se utilizó información que el presunto afectado entregó." un argumento más que refuerza la ausencia de mala fe de Colmena, ya que quedó demostrado precisamente que la denunciada utilizó fuentes ciertas y válidas de la información que luego publicó, siendo ésta recogida por los investigadores de mercado en las reuniones del comité informal de competencia, de los clausulados vigentes al momento y de folletos y avisos de prensa, es decir, información que proviene directamente del ahora denunciante.

Vale la pena resaltar además que, conforme con las pruebas recaudadas, el intercambio de información en los comités conformados por algunas sociedades de medicina prepagada se consideró por los partícipes sano, al buscar establecer mecanismos de transparencia en el mercado donde la información no deba ser obtenida por otros medios menos certeros y más arriesgados.

Adicionalmente, el recurrente expone, en relación con la afirmación contenida en la decisión según la cual "Cuando Salud Colmena se enteró de la inconformidad de Colpatría sobre el contenido de la guía, ordenó inmediatamente el retiro de las hojas que originaron la disputa, guía que incurrió en algunas incorrecciones más por desactualización que por mala fe o intención deshonesto frente a la competencia.", que el hecho de abstenerse de continuar realizando una conducta desleal no quiere decir que la misma no se hubiere realizado de mala fe.

Nuevamente el recurrente peca por simple. De la lectura completa del argumento contenido en la resolución recurrida, es evidente que la Superintendencia de Industria y Comercio nunca se acercó siquiera a afirmar que cuando se desarrolle un comportamiento desleal el infractor pueda saldar su error cesando en el actuar.

En ese punto específico se estaba analizando si la actuación de la empresa denunciada, en ausencia de contravención a los comportamientos expresamente descritos, había violado el mandato general de actuar de buena fe. En ese contexto se estudiaron las características del actuar de Colmena a lo largo del itinerario estudiado y se resaltó, como un indicio de la buena fe con que se comportó, que en la última fase del periodo denunciado, una vez avisada de la inconformidad de Colpatría, procedió a retirar el manual.

Así, todas las circunstancias acreditadas, vistas en conjunto, son excluyentes de mala fe en el actuar de Colmena, lo cual basta para estimar la imposibilidad de infracción de la ley de competencia desleal por medio de actos con el objeto de desviar la clientela, engañar o desacreditar. No obstante se tratarán algunos puntos adicionales necesarios para resolver el recurso a plenitud.

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT. 2000

3. Inexistencia de actos de engaño por objeto o efecto

Para el recurrente el solo hecho de divulgar una información que no esté acorde con la realidad de las cosas en el momento de expresarlas es suficiente para que opere el supuesto desleal de actos de engaño.

No estamos de acuerdo con la lectura que hace de la ley, ya que lo anterior operaría en aplicación de la presunción contenida en el segundo inciso del artículo 11 de la ley 256 de 1996, pero, siempre y cuando se cumpla el elemento adicional, según el cual "por las circunstancias en que tenga lugar sea susceptible de inducir a error." Esa situación no se demostró en el caso que nos ocupa, siendo suficiente acudir al único caso que se dio, tal como se señaló en su oportunidad en la decisión recurrida.

A juicio de este Despacho, las inexactitudes que se expongan requieren ir acompañadas de la intención de inducir a error a alguien respecto de un tercero, toda vez que las falsedades deben ser la materialización del objeto que se piensa desarrollar en desmedro de otros; o alternatively, producir ese resultado. En este caso no se dio ni uno ni otro. En efecto, como se ha anotado en este caso, el presunto inductor a su vez no estaba en posibilidad de saber que faltaba a la verdad y, en cuanto al efecto, del testimonio del único cliente de Colpatría que recibió las informaciones del vendedor de Colmena resulta que aquél no fue inducido a error, generando solo la curiosidad que a cualquiera puede despertar un comparativo. En efecto, el cliente no adquirió la convicción mental para calificar negativa y desfavorablemente los productos de Colpatría. En adición, no se logró demostrar que las dudas despertadas derivaran de las 2 incorrecciones encontradas en la guía.

En relación con lo antes expuesto, resulta necesario indicar que en virtud del principio de la carga de la prueba y la necesidad de la prueba,¹³ no es viable recibir como acertadas las afirmaciones hechas en abstracto sobre situaciones potenciales cuando de por medio el material probatorio solo indica que el hecho se realizó en una sola ocasión que no confirmó las sospechas generadas por la denuncia.

Adicionalmente, este Despacho considera, frente a la exigencia del recurrente por tipificar las incorrecciones sobre los productos propios como violación a la prohibición general, que no es posible considerar que automáticamente se tenga que tachar de desleal ese evento. Al respecto, deben también probarse los presupuestos de aplicación de la ley de competencia desleal, de modo que en algunos casos podría en efecto proceder la tesis, pero en otros no, sin perjuicio de infracciones a las normas de protección al consumidor.

4. Inexistencia de actos de desviación de clientela y de descrédito por objeto o efecto

En el recurso se señala que no es cierto que no se haya probado la intencionalidad de Salud Colmena en cuanto a la inclusión de 2 frases que resultaron incorrectas. Al respecto, este Despacho se remite a los argumentos contenidos en el punto 2 de la presente resolución, reiterándose que ante la ausencia de mala fe o insanas costumbres mercantiles no se puede predicar la desviación de clientela.

¹³ Artículo 174 del código de procedimiento civil: "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Inciso primero del artículo 177 del código de procedimiento civil: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."

Por la cual se resuelve un recurso

Igualmente, el recurrente afirma que la información incorrecta es el arma para causar daño a aquella persona respecto de la cual se dice algo falso o erróneo y que la Superintendencia solo aceptaría como desleal el demostrar que un porcentaje significativo de clientes si implican deslealtad.

Las afirmaciones del recurrente no son ciertas respecto del pronunciamiento de esta Dependencia. Lo que, como nos llama el descontento "la autoridad de la competencia", dijo, es que este tipo requiere que la conducta haya sido realizada con objeto o efecto de afectación desleal, y que estas situaciones no se dieron.

Ciertamente, quedó en extenso demostrado que Colmena no tuvo la intención reprochable y es palmario que el único cliente que se trajo a colación no se desvió.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos que trae el recurso sobre actos de descrédito, este Despacho, de manera análoga a lo descrito sobre desviación de clientela, estima que la conformación plena del tipo desleal exige además de la expresión, el objeto o efecto de desacreditar, de modo que si de las circunstancias demostradas no se probó intención de desacreditar al incorporar aseveraciones de manera justificada a un manual de capacitación a la fuerza de ventas, ni del testimonio del cliente visitado se permite considerar que éste haya percibido que Colpatria hubiera sido desacreditada, como expresamente lo afirmó, no puede estimarse la ocurrencia de una conducta que por objeto o efecto implique acto desleal de descrédito. En adición, si en el único caso probado donde se expuso el contenido de la guía del asesor en lo relativo a Colpatria, dicha compañía no resultó desacreditada, mucho menos puede pensarse que el mercado en su totalidad percibió el presunto descrédito sufrido por la denunciante.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 13492 de 2000.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Alfonso Miranda Londoño, en su condición de apoderado de Salud Colpatria Medicina Prepagada S.A., entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

4 OCT. 2000

El Superintendente de Industria y Comercio,


EMILIO JOSÉ ARCHILA PENALOSA

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 20 OCT. 2000

Notifiqué personalmente al Dr. Alfonso Miranda Góndra
el contenido de la anterior providencia, quien ha cc 19489937
impuesto firma. No procede recurso.

Alfonso Miranda

Por la cual se resuelve un recurso

4 OCT. 2000

Notificaciones:

Doctor

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

CC. n° 19'489.933 de Bogotá D.C.

Apoderado

SALUD COLMENA MEDICINA PREPAGADA S.A.

Diagonal 68 n° 11A-38

Bogotá D.C.

El ~~_____~~ notifiqué personalmente el
contenido de la presente providencia a _____
_____ identificado con la C.C.
No. _____ de _____ entregándole copia
de la misma e informándole que procede el recurso de
reposición ante el _____
dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presente
notificación.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 26 OCT 2000
Notifiqué personalmente al Dr. Alfonso Miranda González
el contenido de la anterior providencia, quien ha CC 19489933
impuesto firma. No procede recurso.

Alfonso Miranda *FP*