



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

Radicación 01094378

RESOLUCIÓN NÚMERO 11090 DE 2003
29 ABR. 2003

"Por la cual se resuelve una investigación por competencia desleal"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO;

PRIMERO: Como resultado de una averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el número 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992, mediante auto 01685 del 28 de diciembre de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, debidamente facultada para ello, abrió una investigación por competencia desleal contra la Sociedad Orthopedics García & González Ltda., por la presunta comisión del actos de desviación de la clientela, actos de desorganización, violación de secretos e inducción a la ruptura comercial, en contra de la sociedad Inversiones Ortopédicas S.A.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, se notificó la apertura de la investigación y se corrió traslado al investigado para que aportara y solicitara pruebas, lo que hizo dentro del término legal. Con la citación de las partes, se dio inicio a la etapa de conciliación ordenada por el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, la que se desarrolló en dos diligencias y cuyo resultado fue la no conciliación de las partes. La Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia, entonces, decretó las pruebas del proceso mediante acto administrativo del 27 de mayo de 2002, recurrido por el apoderado de la parte investigada y negado por la Delegatura. Una vez culminada la etapa probatoria, se elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación, en el que se sugirió al Superintendente de Industria y Comercio no declarar la incursión de la Sociedad Orthopedics García & González Ltda., en actos de competencia desleal.

TERCERO: Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 mediante oficio enviado el 21 de febrero de 2003 fue trasladado el informe motivado de la investigación para que las partes manifestaran sus opiniones, que fueron las siguientes:

1. Parte denunciada

"...en forma respetuosa manifiesto a ustedes que para efectos del fallo de fondo se acepten los argumentos fruto de la investigación adelantada por la Delegatura para la promoción de la competencia en el que se recomienda no sancionar a la sociedad que apodero, por no estar probada la incursión de esta, en los actos de competencia desleal descritos en los Artículos 8, 9, 16 y 17 de la Ley 256 de 1996.

"Debe por lo tanto absolverse a la citada sociedad y dar por probadas las excepciones propuestas en el escritorio de contestación.

"A(sic) quedado probado que es precisamente la denunciante la que se encuentra incurso en practicas(sic) desleales, toda vez que estos, muy a pesar de argumentar a lo largo de la investigación que eran distribuidores exclusivos de Baumer, enviaban cartas a otras empresas, competencia de Baumer, solicitando se les otorgara la distribución de productos, es decir para ser sus representantes. Todo de lo cual obra prueba en la investigación.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

2

"Nuestro ordenamiento jurídico garantiza y protege la sana competencia, tal como se desprende del Artículo primero del Decreto 1663 de 1994, el artículo 333 de la Constitución Política, Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992 y Decreto Ley 1298 de 1994. Esta libre competencia encuentra consagración y respaldo jurídico especialmente intratándose(sic) del mercado de los servicios de salud, dentro de la cual se entiende comprendido el de los insumos y equipos utilizados para la prestación de dichos servicios.

"A su vez en el numeral 4 del artículo segundo del citado decreto, Decreto Ley 1298 de 1994, como una de las finalidades que se buscan es el de garantizar que en el mercado de servicios de salud exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

"Por otra parte, la ley 256 de 1996 en su artículo sexto establece que para efectos de la interpretación, deberá hacerse de acuerdo a los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada libres dentro de los límites(sic) del bien común, y competencia económica y libre y leal pero responsable.

"La empresa denunciada mucho menos incurrió en actos de competencia desleal, toda vez que los extranjeros, crearon una sociedad con su propio esfuerzo, patrimonio, con razón social propia y jamás incurrieron para poder acreditarla en actos publicitarios en los que se hablara o se hiciera propaganda dañina a INVERSIONES ORTOPEDICAS S.A., no desorientaron ni confundieron a la clientela.

"Es que aun en gracia de discusión, es decir que los denunciados en su calidad de trabajadores de la denunciante hubiesen entrado a competir con su empleador no es suficiente para imputarles haber obrado o estar incurso en competencia desleal. Así se desprende de la sentencia de la sala de Casación Laboral de febrero 19 de 1997, Radicación 8802, Magistrado ponente Doctor Fernando Vásquez Botero.

"Conforme a lo anterior y a la abundante prueba obrante en la investigación, en especial como lo son las múltiples cartas allegadas por los clientes que compran a la denunciada como OSTEOSINTESIS LTDA, INDUMEDICAS LTDA, CLINICA SAN JOSE DE CUCUTA S.A., PRECOOTRAUMA, EDISINTES, TRAUMEDICS y el interrogatorio del señor representante legal de la sociedad INVERSIONES ORTOPEDICAS es claro que no hay lugar a imponer (sic) sanción de ninguna naturaleza a la sociedad denunciada.

"Se solicita igualmente se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad INVERSIONES ORTOPEDICAS S.A."

2. Parte denunciante

"De las valoraciones normativas.

"La función del investigador consiste fundamentalmente en contraponer unos hechos que han sido probados dentro de un proceso (iura novit curia) y aplicarles las normas que se adecuen a ellos. La verdadera valoración normativa, no se agota en el discurrir sobre los conceptos de contenido jurídico y doctrinario, desprovistos de un verdadero análisis probatorio en el cual se informe a los justiciables, entre otras cosas, las reglas aplicadas a la valoración probatoria, el valor que se le aplica a cada prueba y los resultados de un análisis en conjunto, que se constituyen en una garantía del debido proceso y del ejercicio del derecho de defensa.

"Mal podría establecer una providencia, después de hacer un completo discurso sobre los elementos de tipo formativo, una consecuencia jurídica cuando el análisis no hace ninguna referencia a las pruebas. La valoración probatoria no se agota exclusivamente en la enumeración de las mismas, pues esto quebranta el debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa. Más aún, cuando de la actividad probatoria (entendida no solo(sic) como el recaudo de pruebas sino en la valoración de las mismas) que se despliega en un trámite como el que nos ocupa, depende poder evitar un perjuicio mayor al que ya se ha causado.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

3

"El informe rendido por su despacho, el cual se pretende desvirtuar por medio del presente escrito, comienza describiendo todos los elementos que componen los actos constitutivos de desviación de la clientela, actos de desorganización, violación de secretos, e inducción a la ruptura contractual, y concluyen en cada uno de los apartes respectivos, diciendo que no se probaron, pero no se hace en ninguno de dichos análisis una valoración probatoria, lo que trae como consecuencia la falta de motivación de dicho informe, pues la sola explicación de los elementos normativos de los preceptos no son motivación suficiente; falta en el mencionado informe decir en que medida no fueron probados los actos de competencia desleal que se alegaron, y cuales fueron las razones que llevaron al investigador a dicha conclusión, explicando detalladamente del merito que le ofreció cada una de las pruebas y el merito(sic) de la valoración en conjunto.

"De la desviación de la clientela.

"Las prácticas constitutivas de desviación de la clientela, aunque en estricto sentido son lícitas, fueron establecidas por el legislador para reprimir aquellas que se realizan por medios desleales, las cuales en todos los casos son reprimibles.

"En ese sentido, se requiere que quien la realice actúe en contra de las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia comercial.

"De las pruebas recaudadas en el expediente, se desprende en forma clara y contundente, que el señor GERMAN ALONSO GARCIA GARCIA, representante legal de ORTHOPEDICS GARCIA y GONZALEZ LTDA, para la fecha de constitución de la mencionada sociedad (es decir 16 de abril de 1999) se encontraba vinculado laboralmente a INVERSIONES ORTOPEDICAS S.A. y como él mismo lo afirmó en el interrogatorio realizado en la etapa de investigación, tiene en el campo de las ventas de productos ortopédicos "*seis años de experiencia, desde febrero de 1997 a junio de 1999 en inversiones ortopédicas, como director de mercadeo y ventas.*"; donde aplicando la regla de la experiencia, es apenas natural que siendo director de mercadeo y ventas al interior de la sociedad demandante, tenía un amplio conocimiento de la clientela que manejaba la mencionada empresa, y que, dándole colorido a este hecho, resulta probado adicionalmente, que él mismo constituyó una empresa, mientras estaba atado laboralmente con la demandante, que se dedica al mismo giro ordinario de las negocios de su ex empleador .

"Apelando nuevamente a las reglas de la experiencia, el mencionado hecho tiene una significación particular: la intención de aprovechar la experiencia adquirida en beneficio de un nuevo negocio.

"También se encuentra probado en el expediente, según declaración del mismo Germán Alonso García, que los clientes a los cuales le vende los productos que distribuye y que también lo hacía cuando era jefe de ventas de la demandante, según afirmó: "*empecé a ofrecer los productos Baumer a Osteosíntesis de Pereira, Medisíntesis de Pasto, Clínica San José de Cúcuta, fraumédics, Metrosalud, Quirúrgicos Especializados, Ortosir, Industrias Médicas, Disven del Oriente, Ortopédicos de Colombia, Promédicos, Ortoequipos, Distribuidora Feyá, Otrohealth, Precotrauma, Dimeth...*" todos clientes de la demandante.

"Así mismo, en la declaración rendida por Rafael García García, socio de la demandada, cuya actividad es la compra y venta de salvamento de vehículos, se puede ver claramente que no posee conocimiento del manejo de su propia empresa, no recibe utilidades ni se entiende con pérdidas, no sabe que productos comercializa, no conoce el tiempo exacto en el cual fue creada y como él mismo afirma "*...yo no manejo contratos ni sé nada de eso*". Este hecho, debidamente probado, solo puede tener una significación; el señor Rafael García, solo(sic) es un presta nombre, pues la sana crítica y la regla de la experiencia indican que quien se dice comerciante, o se presenta como tal, tiene un amplio conocimiento en el mundo de los negocios, o al menos, no realiza una inversión destinada al fracaso, o haciéndolo, es contrario a toda lógica que una empresa por él constituida, que reporta utilidades para nada despreciables, no le participe de las ganancias. Eso no lo hace ni

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

4

un disipador, ni un fatuo, sólo se predica de aquel que no tiene nada que ver con un negocio que en realidad no es suyo, sino solo de nombre.

"Debidamente probado se encuentra que la razón social de la demandada es Orthopedics García y González Ltda., lo que es, además de curioso, ilógico, pues los socios no poseen el apellido González(sic). La excusa dada por el socio Rafael García, resulta, a parte de pintoresca, contraria a la razón, pues según él *"Pues así suene a chiste, fue por que en esa época, mi hermano tiene una novia (sic) que es de ese apellido y entre ella y él como que fue que tuvieron la idea"*.

"Otro hecho que se logró establecer, es que el señor Carlos Alberto González, quien era representante de ventas en la sociedad demandante, ahora lo es de la sociedad demandada, posee el conocimiento de los clientes en la demandante, y curiosamente, el nombre de la empresa en la que trabaja en la actualidad, dentro de su razón social, posee su apellido. Adicionalmente, como se encuentra probado, el 10 de agosto de 1999 el señor Carlos Alberto González presentó su renuncia a la demandante, con pocos días de diferencia a que la presentara el Director de ventas de la demandante Germán García García (de fecha 23 de julio de 1999), actual socio y representante legal de la demandada.

"Estos hechos, que se encuentran debidamente probados en el expediente, y que al rendir el informe por parte de ese despacho, pasaron desapercibidos, o simplemente no quisieron ser tenidos en cuenta, merecen una valoración especial.

"Aunque a simple vista pueden no indicar lo suficiente, es necesario valorarlos en conjunto, concatenando los hechos y tomándolos como un todo, para de allí deducir el comportamiento de desviación de la clientela, no como un acto común en el comercio, sino aquella desviación contraria a los usos comerciales.

"1.) La ruptura contractual en materia laboral, es un acto libre, perteneciente a la esfera de la voluntad privada y posee protección legal; así mismo, es de la libertad de los particulares formar empresas, crear personas jurídicas y disfrutar de todas las ventajas que confiere el velo corporativo. El uso de una razón social, y su escogencia gozan de plena libertad y tienen toda la tutela jurídica. Es también un acto lícito contratar con quien se quiera pues es una de las manifestaciones de la libertad contractual, así mismo, existe tutela por parte del Estado para la actividad comercial en la medida en que favorece un mercado competitivo y transparente. Todas estas manifestaciones se deben regir por la buena fe, la lealtad, la transparencia y la legalidad, no solo aparente sino real.

"2.) La ley sanciona a aquellos que actúan en desmedro de los principios del derecho y de las normas, cuando actúan de mala fe y tratan de dar visos de legalidad a aquello que no lo tiene, pues en esa medida abusan del derecho. Por la dificultad que presenta probar situaciones que tienen un alto contenido ético y moral, y donde no es fácil marcar un límite entre la lealtad y la deslealtad, la prueba indiciaria se esgrime como el mejor recurso y cobra su verdadera importancia.

"3.) De los hechos planteados se puede establecer que cuando la demandada se constituyó, su representante legal y socio, tenía un vínculo laboral con la demandante, que aunque la ley protege la libertad de romperlo, es necesario analizar el conjunto de circunstancias que rodearon ese hecho. Como está establecido, la intención de romper el vínculo laboral era predeterminada, pues se quería dejar la empresa para formar la propia y por esa misma vía acceder a un mercado que se encontraba consolidado por la demandante, aprovechando la experiencia en la venta de productos ortopédicos y la clientela consolidada y que de antemano conocía cuando se tenía vínculo laboral con Inversiones Ortopédicas S.A..

"4.) Adicionalmente la ruptura contractual de Carlos González con la demandante, pocos días después que lo hiciera el señor García, le da un mayor realce a ese hecho, que se interpreta fácilmente como un actuar encaminado por los mencionados a constituir su propia empresa, utilizando la información que sobre el

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

5

mercado y los clientes poseían cuando eran empleados de la demandante. Renunciaron para crear su (propia empresa, es claro, y cuenta de ello lo da el que la razón social de la demandada lleve los apellidos de estos dos personajes, sirviendo el otro socio de la compañía, como un simple presta nombre en la relación que en la realidad aparece revelada.

"5.) Resultaba ser una buena alternativa de negocio, ya que para ellos era muy fácil acceder a los clientes de la demandante, pues se entendían directamente con ellos, pudiendo conservar dichos contactos en el futuro, como se puede deducir aplicando una simple regla de la experiencia. Adicionalmente, para la demandada resultaba rentable, acceder al negocio, pues no tenían todos los gastos administrativos en que debía incurrir la demandante; siendo sólo los dos únicos trabajadores en su propia empresa, obviamente podían ofrecer precios mejores, y si adicional mente se aprovechaban de la clientela que había ganado la demandante a través de ellos, era fácil posicionarse en el mercado.

"6.) En ningún momento han negado negociar con los mismos clientes que la demandante, pues ello en sí, no es reprochable por la ley; lo que reprime la ley es la forma como se desvía la clientela, y en este caso es claro que existió quebrantamiento de los usos comerciales, pues si consideraban que su obrar era completamente adecuado al derecho, qué sentido tendría haber abusado del velo corporativo, colocando como socio a alguien solo de nombre, cuando en realidad la intención de fondo, es claro, era negociar directamente los antiguos trabajadores de la demandante con sus clientes, aprovechándose, además de la facilidad que podían tener no solo para acceder a la base de datos, sino para establecer contacto personal con sus clientes. Es contrario a los usos comerciales entrar a un mercado ofreciéndole los mismos productos a los mismos clientes que el antiguo empleador, sabiendo de antemano que pueden ofrecerse a menor costo pues no se tiene que incurrir en los gastos de su competidor ya que se conoce su estructura empresarial de antemano y se utiliza en perjuicio de la competencia y en beneficio propio. Basta solo aplicar la lógica, y la recta razón, para deducir de allí que ese actuar es contrario a los usos comerciales que indican que quien entre al mercado o lo pretenda hacer, debe buscar su propia clientela y comenzar a consolidar un mercado propio, sin aprovecharse de la clientela que se había consolidado en virtud de una relación laboral anterior, en desmedro de su antiguo empleador. Es claro que es contrario a los usos comerciales abusar del derecho, pues se pretende hacer creer que tiene un viso de legalidad entrar al mercado, como cualquier otro empresario, cuando desde su acto de constitución se pretendió ocultar al verdadero socio y más grave aún abusar de la información que se poseía en el negocio de un competidor y en su perjuicio.

"Por lo tanto, en mérito de las razones expresadas y del análisis real de las pruebas, solicitamos a su despacho que la empresa ORTHOPEOICS GARCIA y GONZALEZ L TDA. sea sancionada por incurrir en el acto de competencia desleal establecido en el artículo 8 de la Ley 256 de 1996.

"De los actos de desorganización.

"La desorganización de la empresa ajena es un típico acto de competencia desleal, y debe ser entendido como rompimiento de la estructura, del orden y del desenvolvimiento ordinario de otra empresa, que se refleja no solamente en la empresa en sí, sino en las prestaciones mercantiles y en el establecimiento ajeno.

"El artículo 9 de la ley 256 de 1996 establece que toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar la empresa ajena, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, es desleal.

"En el caso que nos ocupa, se encuentra probado que a raíz de la renuncia de Germán García García y Carlos Alberto González, para constituir su propia empresa, y aprovechar en beneficio propio la clientela que pertenecía a Inversiones Ortopédicas S.A., se presentó una reducción en los ingresos de la última(sic), como se pudo establecer en el interrogatorio de parte rendido por el señor Humberto Ochoa Botero, representante legal de la demandante, debido a que sus antiguos clientes, ahora adquirirían sus productos por parte de la demandada.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

6

"Contrario a lo que estableció ese despacho, las pruebas demuestran que la ruptura contractual con Baumer S.A. si(sic) tiene que ver con la participación en el mercado de la empresa demandada y con su estrategia, consistente en copiar la estrategia de ventas, utilizar la información, y lograr que Baumer S.A. les concediera la distribución de sus productos, es por ello que se presentó una ruptura en las relaciones comerciales con Baumer S.A., pues se deterioraron, y como consta en el expediente, por que la empresa Baumer S.A. recibió información supuestamente de sus competidores a nivel internacional, de que Inversiones Ortopédicas S.A. le interesaba comercializar productos de otras marcas.

"Es difícil creer que esa información la proporcione un competidor, y la duda se vuelve mayor si se tiene en cuenta que en el interrogatorio a Germán García García afirma que adquirió comunicaciones y cartas de otras empresas del exterior, que acompañaron la contestación de la demanda a través de Baumer S.A., cuando dicha empresa no era la destinataria de esas comunicaciones, eso indica que la información estaba, por alguna extraña razón en poder del señor Germán García, al igual que las copias de las facturas de mercancía adquiridas por la demandante de otros distribuidores, que como afirmó García: las adquirió "a través de terceras personas que me las dieron como funcionarios y ex funcionarios de allá... yo me reservo el nombre de las personas, como por no involucrarlas en un proceso...".

"En dichos términos, es claro para nosotros que la estrategia de la demandada era precisamente lograr un debilitamiento en las relaciones con Baumer S.A. para aprovechar esa situación, y las relaciones que de antemano habían constituido con funcionarios de dicha empresa, para ofrecerse como distribuidores de sus productos, conociendo adicionalmente los clientes que le compraban a la empresa demandante los productos Baumer y que pasarían a comerciar con ellos pues les ofrecerían menores costos.

"En eso consistió el acto de desorganización, pues su conducta tuvo por objeto y por efecto lograr una alteración en la estructura y en el desenvolvimiento ordinario de la empresa demandante, que se ve reflejado en la disminución de ventas y de ingresos a raíz del debilitamiento de las relaciones comerciales con Baumer S.A. y el paulatino fortalecimiento de las relaciones con la mencionada empresa que logró la demandada utilizando las estrategias señaladas.

"Por las razones expuestas, solicitamos a su despacho que la empresa ORTHOPEOICS GARCIA y GONZALEZ LTOA. sea sancionada por incurrir en el acto de competencia desleal establecido en el artículo 9 de la Ley 256 de 1996.

"De la inducción a la ruptura contractual.

"La figura de la inducción a la ruptura contractual, como una de las más frecuentes en que incurren los competidores para aumentar su clientela, tiene por objeto "evitar que un oferente incremente su clientela, gracias a maniobras mediante las cuales pretende obtener la infracción de los deberes contractuales que han establecidos terceros para con su competidor¹.

"Como bien lo anota ese despacho en el informe, "es menester determinar si el contrato objeto de conflicto se halla en estado de ejecución de sus prestaciones o si, en cambio, dicho sinalagma, o más específicamente las obligaciones que contiene, se encuentra inmerso en alguna causal que sobrevenga en una eventual terminación regular del mismo. En este segundo evento, la conducta desleal deberá constar de actos inductivos que inviten, por decir lo menos, a que quienes han contratado con un competidor no renueven con él las prestaciones concluidas legalmente o con una anticipación de la voluntad expresada en el contenido mismo de un contrato".

1 JAECKEL Jorge, "Apuntes sobre competencia desleal" en "Ciencias Jurídicas" colección seminarios, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC II, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998, pág. 55,

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

7

"En el caso que nos ocupa, el investigador estimó que no existía dicho contrato, aduciendo que la única relación contractual que había existido era entre Baumer S.A. y Repremédicas S.A., argumentando, además, que era el único hecho probado, lo cual no es cierto, pues el investigador desatendió las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso, ya que al examinarlas se demuestra otra cosa.

"Si bien es cierto que entre Baumer S.A. y Repremédicas S.A. existió un contrato escrito que confería la exclusividad a la última en la distribución de sus productos, y que existía cláusula dentro del mencionado contrato que autorizaba a Baumer S.A. a terminar unilateralmente el contrato si llegara a existir cesión no autorizada por Baumer en forma escrita, también lo es, que Inversiones Ortopédicas S.A. era prácticamente dueña de Repremédicas S.A., y que al absorberla en 1998, continuó con los negocios de Repremédicas en términos de exclusividad frente a la firma Baumer S.A., con la autorización de la última, cuenta de ello da el interrogatorio a Humberto Ochoa Botero, donde en forma contundente establece que Inversiones Ortopédicas S.A. continuó con los negocios de Repremédicas y que Baumer asintió en ello, pues de no haber sido a sí, el contrato se hubiera rescindido en el mismo instante en que Inversiones Ortopédicas absorbió a Repremédicas y no mucho tiempo después como en realidad ocurrió.

"Para darle mayor realce a este hecho, en carta dirigida por Baumer S.A. a Inversiones Ortopédicas S.A., la cual obra en el expediente, de fecha 3 de Marzo de 2000, Baumer refiriéndose al contrato con Repremédicas informó a la demandante que: "Tal contrato se extinguió por las causas ya dichas y a pesar de ello continuamos con ustedes las relaciones comerciales que hemos mantenido y que puede continuar sin problemas y aún con la firma de un nuevo contrato que las regulen si así lo estiman conveniente, pero sin la característica de exclusividad..." (subrayado fuera del texto).

"En cuanto a la existencia de la relación contractual, es más que claro, que a pesar de que Baumer podía haber rescindido el contrato en el momento mismo en que se enteró de la cesión, fue su intención continuar con la mencionada relación, pues sabía de antemano que Inversiones Ortopédicas era dueña de Repremédicas, y que le ofrecía, las mismas garantías y ventajas que la extinta sociedad, por ello continuaron las relaciones comerciales en términos de exclusividad, y solo hasta la aparición del competidor, se deterioraron y cambiaron pretendiendo continuar con dichas relaciones pero sin el referente a la exclusividad pactada y mantenida en el tiempo.

Al respecto es necesario recordarle al investigador, que es función de quien pretende interpretar un contrato utilizar lo establecido en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras*, como parámetro general de que la voluntad real prevalece sobre la revelada, y que tiene plena aplicación en el caso que nos ocupa, donde fue la voluntad de Baumer S.A. continuar con el contrato de exclusividad suscrito con Repremédicas S.A. pero ahora en cabeza de Inversiones Ortopédicas S.A. una vez extinta Repremédicas.

"La hipótesis que nos plantea el caso está dada en los siguientes términos: Existía una relación contractual con Baumer S.A. por parte de Inversiones Ortopédicas S.A., la cual fue adquirida por la última mediante cesión que se hiciera por parte de la extinta sociedad Repremédicas S.A., y aunque en el contrato entre Baumer y Repremédicas se había pactado la rescisión del contrato si existía una cesión no autorizada por escrito, fue la intención de las partes continuar con la mencionada relación en términos de exclusividad, desatendiendo las partes la existencia de la cláusula que autorizaba la rescisión toda vez que en síntesis se trataba de la misma empresa, pero con distinto nombre.

"Estando clara la existencia de una relación contractual, es necesario analizar en qué consistieron las maniobras desplegadas por Orthopedics García y González LTDA. para inducir a la ruptura contractual mencionada.

"Se encuentra probado que los señores García y González, cuando eran empleados de la demandante, tenían

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

8

acceso a información de la empresa, conocían los términos de los negocios que se efectuaban entre Baumer S.A. y la demandante, y adicionalmente sabían que formalmente existía exclusividad, que se predicaba de la extinta Repremédicas S.A. donde habían trabajado, y que sabían de antemano que pertenecía a la demandante, pues en términos generales eran la misma empresa, y se promocionaban productos por parte de los extrabajadores para ambas empresas, por lo tanto conocían de la unidad productiva.

"Los extrabajadores teniendo acceso a la base de datos, ya correspondencia de la demandante, conocían que en ocasiones Inversiones Ortopédicas S.A. compraba y promocionaba productos que eran fabricados por empresas competidoras de Baumer S.A. a nivel mundial, y que en estricto sentido no eran los mismos productos, sino líneas de productos de la competencia de Baumer que esta última no producía. Prueba de ello es que Germán García García aportó a este proceso, cartas remitidas por Inversiones Ortopédicas a empresas a nivel nacional e internacional, competidoras de Baumer, donde les informaba que quería comercializar sus productos. Esas cartas, reitero, no tenían como destinatario Baumer, pero extrañamente aparecieron según el representante de la demandada en poder de Baumer. Adicionalmente aportaron al proceso lecturas de compra de la demandante a productores distintos a Baumer, que fueron a parar en manos de García de forma subrepticia y desleal, pues las adquirió por intermedio de trabajadores o extrabajadores según él, que no quiso mencionar.

"Como extrabajador, había tenido contacto con funcionarios de Baumer, los conocía y tenía por esa vía fácil acceso a la mencionada empresa. Adicionalmente estando vinculado laboralmente a la demandante, creó una empresa que se dedicaba al mismo negocio que su empleador.

"Estos hechos, debidamente probados, indican que utilizando la información que poseían los señores García y González de Inversiones Ortopédicas S.A., referente a las negociaciones que sostenía con algunos competidores de Baumer, lo pusieron de presente a la mencionada empresa, y, además, le hicieron saber a Baumer que ellos tenían una empresa constituida que se dedicaba a lo mismo, y dado que ellos conocían el mercado y los clientes consumidores de productos Baumer, podrían ser distribuidores de dicha marca, y que como la exclusividad estaba pactada con la extinta sociedad Repremédicos S.A. dicho vínculo se había extinguido con ellos pudiendo darles la distribución de sus productos de manera informal.

"En eso consistió la maniobra, en hacer creer a Baumer que la demandante comerciaba con competidores suyos, y que, además, no existiendo un vínculo de exclusividad con ella, podía conseguir nuevos distribuidores que conocieran ampliamente el mercado y los clientes. Por ese motivo, Baumer ahora sí(sic) consideró terminado el contrato de exclusividad pues adujo que se incumplió la cláusula de la cesión y por dicha circunstancia la exclusividad pactada con Repremédicas había terminado junto con esa empresa. Lo que se desatendió en dicha maniobra, es que Baumer ya había autorizado la exclusividad y la continuación de la misma en la persona de Inversiones Ortopédicas, como da cuenta el que por mucho tiempo después a la cesión hecha por Repremédicas, Inversiones Ortopédicas fuera el distribuidor exclusivo de esos productos en Colombia, lo cual se encuentra probado en el proceso, y solo después de aparecer el competidor, se consideró terminada la exclusividad a favor de Inversiones Ortopédicas, aduciendo que no había existido jamás.

"En cuanto a la ruptura de las relaciones contractuales entre la demandante y Baumer, es necesario recordar, o mejor precisar el porqué y cómo se dieron, pues no se presentaron por una deuda de dinero, sino porque en vista que Baumer ya no ofrecía las mismas garantías que durante el tiempo había mantenido con Inversiones Ortopédicas, esta última decidió terminarlas, ya que Baumer, instigado por la demandada desmejoró las condiciones del contrato, que por consenso se había prolongado en términos de exclusividad.

"Es necesario recordar, que la inducción a la ruptura contractual no solo se presenta cuando un proveedor, trabajador o cliente rompen el vínculo contractual propiamente dicho, o lo incumplen, sino que es predicable también cuando lo varían a tal forma que termina siendo inexistente el vínculo(sic) inicial y buscando por ese

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

9

mecanismo que el contratante no quiera seguir más con el contrato.

"Por las razones expuestas, solicitamos a su despacho que la empresa ORTHOPEDICS GARCÍA y GONZALEZ LTDA. sea sancionada por incurrir en el acto de competencia desleal establecido en el artículo 17 de la Ley 256 de 1996.

"De la violación de secretos.

"A diferencia como piensa ese despacho, el carácter de reservado en el que se tenía la información de la base de datos de clientes de la empresa demandante, si(sic) se encuentra probado en el proceso, y manifestamos que un verdadero análisis de las probanzas le hubiera permitido llegar a una conclusión diferente.

"En primer lugar, no es cierto que el señor representante de Inversiones Ortopédicas haya afirmado que la **información** se encuentra en red y que a demás, sea información que se encuentre en el directorio telefónico, esa es una errónea valoración que carece de todo fundamento jurídico.

"No es lógico que se inicie un trámite tendiente a establecer la posible violación de secretos, si el soporte de ellos fuera un directorio telefónico, pues allí no representaría un valor agregado a la empresa demandante, diferente al que le representaría a cualquier empresa que se dedique a la misma actividad. Por el contrario, la información de los clientes que se encuentra en una base de datos si(sic) posee un valor, pues en ella reposa la clientela que se ha conseguido a lo largo de varios años, en donde se ha tenido que invertir dinero en adquirirla, como tiquetes aéreos, almuerzos, publicidad, entre otras cosas, y que por obvias razones, debe ser mantenida al amparo del secreto para que un competidor no se lucre de ella.

"En el interrogatorio rendido por Humberto Ochoa Botero, en ningún momento se establece que la información pudiera ser de dominio público, si se analiza en el contexto lo que se quiere decir, es que la información la podían manejar ciertas personas, que como es obvio deben tener acceso, mediante clave, tales como vendedores, caja, y personas encargadas de facturación. Esto no desestima el primer elemento objetivo que debe tener un secreto, es decir, que en la reunión de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en círculos que normalmente la manejan. El hecho de que algunas personas, y reitero, mediante clave, puedan tener acceso a la información no le da el carácter de pública a la misma, a diferencia de lo que afirmó el señor Germán García en su interrogatorio diciendo que "todo el mundo. Hasta el mensajero, facturación, la persona de cartera, el gerente, el vendedor de mostrador", podía tener acceso a la información, lo que se sale de toda lógica, si se tiene en cuenta que Carlos Alberto Jaramillo Vélez, siendo miembro de la junta directiva de Inversiones Ortopédicas S.A. no tiene acceso a ella, es ilógica la respuesta del señor García, y poco razonable el que se le haya dado plena credibilidad, sin explicar siquiera el mérito que le ofreció dicha prueba al investigador.

"En segundo lugar, la información efectivamente posee un valor comercial, pues en ella se recopilan todos los datos de los clientes, que se sabe de antemano consumen determinados productos, a que(sic) precios y a qué promociones. Pues aunque los nombres de esas personas se puedan encontrar en el directorio especializado de la materia, esa no es la información verdaderamente valiosa, lo verdaderamente valioso es saber que clase de cliente es, cuales(sic) son sus necesidades, a que(sic) plazos compra habitualmente y en que(sic) cantidad. Como bien lo afirmó Humberto Ochoa Botero, representante legal de Inversiones Ortopédicas S.A., no es lo mismo buscar en el directorio persona por persona, ofreciéndole una gama de productos a ver si los conoce y les gusta, que conocer quien(sic) consume determinado producto, en que(sic) proporción, a que(sic) precio, con que(sic) plazos, y con que(sic) frecuencia, allí radica el verdadero valor comercial de la base de datos de los clientes. Dado ello, se cumple el segundo requisito objetivo para que exista un secreto.

"En tercer lugar, por parte de la demandante se tomaron medidas razonables para mantener dicha información en secreto, de no ser así, que objeto tendría colocar clave a los datos; la clave cumple una función específica,

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

10

y es la de permitir que la información sea conocida sólo por quienes deben conocerla. Adicionalmente, cuando existe una fuga de información, esta solo(sic) pudo provenir de quienes poseen la clave, y si más aun aparece que uno de ellos posteriormente crea una empresa y le vende a los mismos clientes a los que le vendía el dueño de la información, la respuesta es más que obvia, utilizó la información que debería haber mantenido en secreto, en su propio beneficio y en perjuicio de quien ahora es su competidor. Con ello se cumple cabalmente el tercer requisito objetivo para que exista un secreto.

"Aunado a esto, el hecho de que en poder de la demandada se encuentre información que solo(sic) compete a la demandante, y que en forma descarada fue presentada para la contestación de la demanda, evidencia que no es tan leal la forma como se consigue dicha información, pues no se quiere mencionar quien(sic) la suministra; esa facultad de poseer alguien dentro de la empresa competidora que la facilite, tiene el nombre específico de espionaje. Esto se encuentra probado en el proceso, pues así lo reconoció el representante legal de la demandada, lo que puede reducirse a un solo medio probatorio: Confesión.

"De esa forma se cumplen los presupuestos normativos contemplados en el artículo 16 de la Ley 256 de 1996, pues se divulgaron secretos sin la autorización de su titular, secretos obtenidos tanto en forma legal como ilegal, pero sobre los cuales existía la obligación de mantenerlos en su pristina condición, y se utilizaron para obtener una ventaja ilegítima, en desmedro de los derechos que sobre los secretos poseía la demandante.

"Por lo tanto, con base en las razones expresadas ante ese despacho, y reiterando la violación de preceptos legales. De la manera más respetuosa solicito a ese despacho sancionar a **Orthopedics García y González(sic) Ltda.**, por incurrir en las conductas constitutivas de competencia desleal, reguladas en los artículos 8,9,16 y 17 de la Ley 256 de 1996.

CUARTA: Habiéndose cumplido adecuadamente cada etapa procesal, este Despacho procede a decidir el caso:

1. Competencia y procedimiento.

1.1. Competencia territorial

En virtud de lo dispuesto en los artículos 143, 144 y 147 de la ley 446 de 1998, en concordancia con el numeral 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio será competente para conocer de los actos de competencia desleal en todo el territorio nacional.

1.2. Competencia funcional

De acuerdo con lo establecido en los artículos 143, 144, 147 y 148 de la ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene, a prevención, respecto a las conductas constitutivas de competencia desleal, las mismas atribuciones señaladas para los jueces en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996.

En las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia observa el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas contenido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. Teniendo en cuenta que las acusaciones plasmadas en la denuncia consisten en la incursión de la sociedad denunciada en actos constitutivos de competencia desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia funcional para fallar el presente caso.

1.3. Tiempo de los hechos investigados

En conformidad con los términos de la denuncia, desde los inicios del año 2000, la sociedad denunciante observó que su clientela se desviaba hacia la Sociedad Orthopedics García & González Ltda.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

11

1.4. Seguimiento del procedimiento previsto

El 1 de noviembre de 2001, mediante memorial radicado 01094378, la sociedad Inversiones Ortopédicas S.A. presentó denuncia por actos de competencia desleal contra la Sociedad Orthopedics García & González Ltda. (folio 164).

A partir del análisis correspondiente a la averiguación preliminar adelantada por la Delegatura para la Promoción de la Competencia, conforme lo establecido en el numeral 1 del artículo 11 y en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con la ley 446 de 1998, se concluyó que la Sociedad Orthopedics García & González Ltda. pudo haber incurrido presuntamente en infracción a las normas de competencia desleal. Así, se expidió el auto 1685 del 28 de diciembre de 2001 por el cual se ordenó abrir la investigación, acto notificado personalmente al representante legal de la sociedad denunciada el 21 de febrero de 2002 (folio 208).

El 14 de marzo de 2002, dentro del término concedido en la resolución de apertura, el apoderado de la Sociedad Orthopedics García & González Ltda., doctor Luis Alberto Sañudo Cruz, presenta el escrito de descargos, radicado con el número 01094378-11 (folio 205).

Se celebró audiencia de conciliación los días 4 y 29 de abril de 2002 sin llegarse a dar acuerdo entre las partes (folios 216 y 239).

A través de comunicación radicada con números 01094378-10009/10010 del 27 de mayo de 2002, esta Delegatura decretó las pruebas que fueron consideradas conducentes y pertinentes, acto administrativo objeto de recurso por la parte denunciada, sobre cuya negativa se pronunció el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia al proferir la Resolución 19259 del 25 de junio de 2002. Las modificaciones al acto de pruebas, puramente formales, se dieron a través de las comunicaciones 01094378-10027/10028/10029 (folios 233, 265 y 264b). Las pruebas decretadas y practicadas fueron las siguientes:

- Interrogatorios de parte al señor Germán García, representante Legal de la sociedad Orthopedics García & González Ltda. (folio 312), y al señor Humberto Ochoa Botero, representante Legal de Inversiones Ortopédicas S.A. (folio 363).
- Testimonios de Carlos Alberto González (folio 300), Rafael J. García (folio 305), Gerardo Meola López (folio 319) y Carlos Alberto Jaramillo Vélez (folio 368).
- Exhibición de documentos de la Sociedad Orthopedics, García & González Ltda.: libro mayor, balances, auxiliar de ventas, inventarios y correspondencia (folio 308), con el fin de demostrar los siguientes puntos:
 - *"Cómo está constituida la clientela desde la constitución de la sociedad, quiénes son sus clientes respecto de los productos Baumer, qué otros productos distribuye y la existencia de contrato con Baumer S.A.*
 - *"La lista de precios y políticas de mercadeo empleadas por esta compañía.*
 - *"Vínculo o relación existente entre Carlos González y esta sociedad, en el evento de que tenga un vínculo laboral se informe a qué entidades de la seguridad social se encuentra afiliado.*

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

12

- "Se verifique cuándo comenzaron las relaciones comerciales entre Baumer y la sociedad inspeccionada, y en especial desde qué fecha iniciaron las importaciones, detallando los registros de importación y los montos correspondientes desde la fecha de constitución de la sociedad y hasta la fecha de la denuncia"².

- Inspección judicial a las instalaciones de Inversiones Ortopédicas S.A., con exhibición de los libros de junta directiva, comités técnicos, libros de contabilidad, relación de clientes, listas de precios (folio 363), con el fin de demostrar políticas de venta, la existencia de otros clientes distintos a Baumer, fechas de las ventas y obligaciones pendientes de cancelar a Baumer.

- Oficios a Traumacol (folios 274 y 288), Meditrauma (folios 275 y 369), Clínica Zaima (folios 276 y 284), Metrosalud de Medellín (folios 277 y 377), Osteosíntesis (folios 278 y 293), Medisíntesis (folios 279 y 376), Medicort (folios 280), Clínica San José de Cúcuta (folios 281 y 373), Dirección General de Comercio Exterior (folios 282 y 290), Rodrigo Martínez (folios 283 y 293).

2. Normas de la Ley 256 de 1996 presuntamente violadas

- Actos de desviación de la clientela - artículo 8: "Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial".

- Actos de desorganización – artículo 9: "Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno".

- Violación de secretos – artículo 16: "Se considera desleal la divulgación o exportación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.- Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.- Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 2 de esta ley".

- Inducción a la ruptura contractual – artículo 17: "Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído los competidores.- La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos".

3. Adecuación normativa a los presupuestos de ley.

3.1. Hechos probados.

De acuerdo con las pruebas, tenemos que los siguientes hechos que interesan a la investigación se han probado:

- La sociedad denunciante, Inversiones Ortopédicas S.A. tiene domicilio en la ciudad de Medellín y fue constituida mediante escritura pública 2926 del 29 de diciembre de 1972, otorgada en la Notaría 8 de esa ciudad, cuyo objeto social específico es la prestación de servicios médicos generales, pero especialmente

² Transcripción del texto de la denuncia, folio 156.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

13

ortopédicos, y la fabricación y distribución, bajo cualquier modalidad comercial, de equipos, materiales e implementos médicos y científicos, en especial, de implementos ortopédicos³.

● La sociedad denunciada, Sociedad Orthopedics García & González Ltda. tiene domicilio en Medellín y fue constituida mediante escritura pública 379 del 16 de abril de 1999, otorgada en la Notaría 25 de esa ciudad, cuyo objeto social específico es la prestación de servicio de suministro de material ortopédico y todo aquello que se relacione con la salud, como placas, tornillos, prótesis, medicamentos y material de rehabilitación de marcas nacionales y extranjeras, pudiendo ser representante de los fabricantes de dichos elementos⁴.

● La sociedad Repremédicas S.A. tiene domicilio en Medellín y fue constituida mediante escritura pública 6531 del 2 de diciembre de 1993, otorgada en la Notaría 11 de esa ciudad, cuyo objeto social específico es la fabricación y distribución de equipos, materiales e implementos médicos y científicos, en especial, ortopédicos⁵.

● Entre la sociedad Repremédicas S.A. y la sociedad Baumer Ortopedia Ltda., domiciliada en Mogo Mirim, Estado de São Paulo, Brasil, e inscrita en el Catastro General de Contribuyentes bajo el número 48.169.288/0001-59, se celebró contrato de distribución⁶, con el siguiente objeto: "REPREMÉDICAS S.A. promoverá la distribución y la promoción de los productos BAUMER en el mercado indicado más abajo, de acuerdo con las condiciones pactadas en ese contrato". El territorio al que se refiere el objeto se determina de la siguiente forma: "La distribución será ejercida por REPREMÉDICAS S.A. con exclusividad, en la República de COLOMBIA con excepción de la ciudad de Bogotá, no pudiendo BAUMER indicar cualquier otro distribuidor de sus productos en el referido territorio durante el plazo de la vigencia del contrato"⁷

Con respecto a distribuidores y representantes de ventas adicionales, se expresa en el contrato: "BAUMER tiene el derecho de aprobar cualquier distribuidor o representantes de venta local indicado por REPREMÉDICAS S.A. para la distribución de productos BAUMER. La aprobación será hecha por escrito, antes de la efectivación del distribuidor o representante de ventas"⁸.

En cuanto a la cesión, se estableció: "REPREMÉDICAS S.A. no podrá ceder o transferir a terceros, total o parcialmente, sus derechos y obligaciones decorrentes de este contrato sin las(sic) anuencia, por escrito, de BAUMER"⁹.

● La sociedad Repremédicas S.A. distribuyó productos Baumer desde el 1 de junio de 1995 (fecha del contrato escrito de distribución), hasta agosto de 1998¹⁰.

● La sociedad Inversiones Ortopédicas S.A. distribuyó productos de Baumer, del 23 de junio de 1999 al 30 de junio de 2000, por lo menos¹¹.

● La Sociedad Orthopedics García & González Ltda. inicia la distribución de material ortopédico desde el 8 de junio de 1999¹².

Presupuestos generales esenciales en la ley 256 de 1996

3 CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN, certificado de existencia y representación, folio 153.

4 CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN, certificado de existencia y representación, folio 144.

5 CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN, certificado de existencia y representación, folio 148.

6 Cuaderno de pruebas inspección Inversiones Ortopédicas S.A., folio 289. Cuaderno principal del expediente, folios 87 a 83, 113 a 109.

7 Cuaderno de pruebas inspección Inversiones Ortopédicas S.A. – correspondencia, folio 10.

8 Cuaderno de pruebas inspección Inversiones Ortopédicas S.A. – correspondencia, folio 10.

9 Cuaderno de pruebas inspección Inversiones Ortopédicas S.A. – correspondencia, folio 12.

10 Hecho de la demanda No. 4, folio 103.

11 Cuaderno de pruebas inspección Inversiones Ortopédicas S.A. – correspondencia, folio 80 (carta de distribución), 90, 116, 153, 155.

12 Cuaderno principal, folios 372 a 370, 376 y 377, 293 a 291, 288, 287, 284, 198 a 190. Cuaderno de pruebas, exhibición de documentos de la Sociedad Orthopedics García & González Ltda., folios 7 a 17.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

14

La aplicación de la Ley 256 de 1996 depende de comprobar que la situación que se examina se haya desarrollado o produzca sus efectos en determinado ámbito objetivo, subjetivo y territorial. En ausencia de algunos de los anteriores presupuestos, la ley de competencia desleal no podrá ser aplicada a la conducta bajo análisis. Por lo tanto, resulta imperativo para este Despacho verificar la existencia de todos y cada uno de los elementos dentro de un caso concreto para establecer si a las conductas denunciadas les es aplicable la ley de competencia desleal.

3.2. Ámbito objetivo de aplicación

Artículo 2: "Ámbito objetivo de aplicación. Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.- La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero".

En cuanto al elemento objetivo del acto de competencia desleal, la norma establece que la conducta es considerada desleal, sólo cuando se realice en el mercado y con fines concurrenciales. El mercado, como escenario en que tanto oferentes como consumidores buscan satisfacer necesidades propias y ajenas, y la finalidad concurrencial, causa formal del fenómeno de la competencia, que requiere que la conducta se haya dado con el objetivo de presentarse o concurrir al mercado ofreciendo, vendiendo o comprando productos o servicios. En la norma¹³ se señala que la finalidad concurrencial se presume cuando el acto resulta idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero. Es decir que la presunción legal opera cuando el sujeto activo del acto denunciado ha pasado de la intención de tomar parte en el mercado a realizar actos claros de participación en el mismo.

En consideración a que tanto la sociedad denunciante como la denunciada son comerciales y son oferentes en el mercado colombiano, la finalidad concurrencial de los actos de competencia desleal que se le endilgan a la Sociedad Orthopedics García & González Ltda. y que resulten probados en la investigación, se presume.

3.3. Ámbito subjetivo de aplicación

"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."

Es el mercado el escenario al que concurren los agentes económicos que se clasifican tradicionalmente en tres grupos: "consumidores, empresarios y dueños de los recursos productivos"¹⁴. En todos ellos existe el interés de satisfacer una expectativa particular, que en el caso del empresario se hace ostensible cuando realiza su esfuerzo por penetrar, conquistar o expandirse en el mercado, donde las más de las veces se verá enfrentado a otros motivados por un fin económico común. Son los agentes económicos quienes participan en el mercado de acuerdo con su capacidad para intervenir activamente en el intercambio comercial de ciertos productos¹⁵.

Participar es tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos¹⁶. En términos económicos, participar o tener parte en el mercado supone el desarrollo de actividades de suministro o compra de los productos y de

¹³ Artículo 2 de la ley 256 de 1996.

¹⁴ Ferguson, CE.Y GOULD, J.P. Teoría Microeconómica. Fondo Económico, México 1980.

¹⁵ Artículo 4 de la ley 256 de 1996: "Esta ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano".

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Real Academia Española, 2002.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

15

prestación de los servicios¹⁷. De lo que se concluye que para considerar que un agente participa en el mercado colombiano, es necesario que su actividad se desarrolle activamente en el intercambio comercial de los productos o servicios.

En el caso bajo estudio, no hay duda del cumplimiento de que las sociedades en contienda son participantes en el mercado colombiano, dada la condición de sociedades comerciales colombianas de las partes.

3.4. Ámbito territorial de aplicación

Ley 256 de 1996, artículo 4: *"Esta ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano."*

Por otra parte, es necesario analizar la restricción que impone la Ley 256 de 1996 en cuanto a la delimitación del mercado en el que debe participar el agente económico como sujeto activo o pasivo de la misma. Por interpretación sistemática de las normas aplicables al caso, vigentes en Colombia en materia de competencia desleal¹⁸ y de las constitucionales sobre aplicación de la ley colombiana¹⁹, es claro que el mercado al que se refiere el artículo 3 de la Ley de Competencia Desleal es el nacional.

Probado está en el expediente que tanto la sociedad denunciante, Inversiones Ortopédicas S.A., como la denunciada, Sociedad Orthopedics García & González Ltda., son sociedades colombianas inscritas en la Cámara de Comercio de Medellín que desarrollan su actividad comercial en el territorio colombiano; por lo tanto, el ejercicio de su actividad comercial se ve reflejado en el mercado colombiano.

4. **Análisis fáctico y jurídico de las normas presuntamente violadas**

4.1. Generalidades del Derecho de la Competencia Desleal.

El derecho de la competencia desleal ha tenido un importante desarrollo histórico que es necesario hacer referencia, antes de abordar el análisis del caso. Los tratadistas²⁰ dividen en tres etapas la evolución del derecho *antitrust*, así:

Modelo paleoliberal: Propio del siglo XIX, se caracteriza por ser un derecho altamente incipiente, y limita su protección a los derechos de propiedad industrial, a través de las vías penales.

Modelo profesional: Se desarrolla a principios del siglo XX, y se caracteriza por su carácter privado y por su alcance general; se pretende proteger, entonces, los intereses privados de los empresarios en sus relaciones recíprocas de mercado. Como una de sus características principales tenemos que con ella se pretende proteger la posición adquirida por el empresario dentro del mercado, tratando la clientela como un bien del empresario. Por tanto, el empresario que pretendiese cautivar clientela de otro empresario, por regla general comete actos de competencia desleal, mientras que los actos de no competencia desleal son la excepción.

Modelo social: Se manifiesta en la etapa que va desde la terminación de la segunda guerra mundial hasta nuestros días. Se caracteriza por un cambio de 180° en sus principios epistemológicos; deja de ser un ordenamiento privatista de características corporativistas, para pasar a ser un derecho público, ordenador de las relaciones de mercado, protector de los intereses de los consumidores, del interés general sobre el interés

¹⁷ Tribunal de Defensa de la Competencia Español, resolución de 29 de junio de 1999, caso Interflora. Tomado de "Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia" de Juan Manuel Fernández López.

¹⁸ Ley 256 de 1996, Ley 446 de 1998, Decreto 2153 de 1992, Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, Convenio de París, ADPIC.

¹⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, preámbulo y artículos 1 a 4 y 6.

²⁰ Para conocer más sobre el tema, recomendamos: *La Competencia Desleal*, MENDEZ, Aurelio. Ed. Civitas, Madrid, 1988.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

16

particular. Por tanto, la clientela deja de ser de "propiedad" del empresario, y ahora es deber de éste conquistarlo a través de su eficiencia en el mercado.

Es, en suma, un concepto central de la economía de mercado moderna la "competencia"²¹, que se caracteriza por la lucha o pugna existente entre las diversas empresas que concurren en el mercado, por lograr la preferencia de los consumidores (intermedios o finales). El competidor es el agente que realiza una actividad económica en su propio beneficio o el de otro en detrimento de la actividad del competidor.

*"El hecho de que un proveedor participe en el mercado ofreciendo precios, condiciones comerciales y productos (bienes y servicios) de mejor calidad y/o en mejores condiciones que aquellos suministrados por sus competidores, es beneficioso para el desarrollo de la economía, por cuanto permite que los consumidores tengan mejores opciones a elegir para satisfacer sus necesidades, lo que también sirve de estímulo a los diferentes proveedores para que mejoren las condiciones y la calidad de los productos y servicios con los cuales concurren al mercado"*²².

Con base en esta nueva filosofía de mercado, tenemos que el daño concurrencial es en principio lícito, a no ser que éste sea cometido a través de conductas contrarias a la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o a la sana costumbre mercantil, como muy bien lo refleja nuestra ley de competencia desleal²³.

Bajo esta perspectiva, analizaremos cada uno de los actos denunciados por la sociedad Inversiones Ortopédicas S.A.

4.2. Actos de desviación de la clientela

Alega el denunciante en su libelo inicial y en sus alegatos de conclusión que se cometieron actos de desviación de la clientela porque el denunciado realizó los siguientes actos:

Porque el señor Germán Alonso García García, con base en la experiencia que obtuvo en la sociedad INVERSIONES ORTOPÉDICAS S.A. como director de mercadeo y ventas, creó su propia sociedad, y que aprovechó este conocimiento, especialmente sobre los clientes que manejaba en Inversiones Ortopédicas, para ofrecer sus productos desde su nueva sociedad ORTHOPEDICS GARCÍA Y GONZÁLEZ Ltda.. Previene pues, el apoderado de la demandante, sobre "la intención (del demandado) de aprovechar la experiencia adquirida en beneficio de un nuevo negocio".

Debe decir este Despacho que eso es exactamente lo que el Estado, a través de sus normas sobre competencia desleal, fomenta. La finalidad del derecho de la competencia, como lo vimos en párrafos anteriores, no es otra que incentivar la creación de nuevas empresas que compitan con las establecidas. Aprovechar la experiencia y *know how* obtenido en una empresa para crear nuevas empresas es, en principio, lícito y acorde con las sanas costumbres mercantiles, los usos honestos industriales y comerciales y la buena fe comercial, a no ser que este *know how* tenga derechos de exclusiva como por ejemplo a través de una patente, o se haga violando los secretos empresariales o comerciales. Ha de aclararse que en estos casos

²¹ Entendida como la relación existente entre sujetos - personas físicas o morales - que ejercen actividades económicas en forma independiente por medio de la comercialización de bienes o la prestación de servicios similares, con relación a una clientela también similar, de tal modo que el ejercicio de las actividades de un agente repercute en la actividad de otro.

²² Resolución No. 001-2001-LIN-CCD/INDECOP, sobre "Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial".

²³ Artículo 7 ley 256 de 1996. Prohibición General.

Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

17

corresponde al denunciante acreditar la existencia del mismo, ya sea que se trate de un derecho de propiedad intelectual - derechos de autor, signos distintivos o patentes de invención - o de cualquier otro derecho de exclusiva legalmente reconocido, o la divulgación o explotación de un secreto industrial o comercial por parte del denunciado.

Afirma también el libelista de la sociedad demandante como uno de los elementos de desviación de la clientela, que el señor Rafael García "solo es un presta nombre" para la sociedad demandada, por cuanto, según apreciación del demandante, no se entiende cómo un comerciante "no posee conocimiento del manejo de su propia empresa, no recibe utilidades ni se entiende con pérdidas, no sabe que (sic) productos comercializa, no conoce el tiempo exacto en el cual fue creada y como él mismo lo afirma '...yo no manejaba contratos ni sé nada de eso'".

En realidad, el Despacho no entiende la conexión entre lo que afirma el denunciante y el acto de desviación de la clientela. El hecho de que alguien sea un "presta nombre" para crear una empresa, desde el punto de vista de la legislación de competencia desleal, no constituye ningún tipo de infracción de sus normas, sin perjuicio de que tal conducta pueda ser revisada desde la óptica de otro tipo de legislación como la tributaria, penal, etc.

Otro hecho que tampoco guarda importancia alguna para el derecho de la competencia, es que el nombre de la empresa del señor Rafael García haga referencia a un apellido González, sin que ningún socio tenga ese apellido. Para efectos de competencia desleal, en principio no tiene ninguna relevancia la razón social de las empresas que participan en el mercado, sin perjuicio de aquellas que violan derechos exclusivos de su titular, o se pretende confundir al consumidor. En este caso es claro que por el simple hecho de que en la razón social de la denunciada se haga referencia a un apellido ajeno al de los socios, no se constituye un acto de desviación de la clientela.

Como sùmmum del análisis de los actos de desviación de la clientela, el libelista de la demandante observa que existía por parte de la demandada la "intención de romper el vínculo laboral (...) pues se quería dejar la empresa para formar la propia y por esa misma vía acceder a un mercado que se encontraba consolidado por la demandante, aprovechando la experiencia en la venta de productos ortopédicos, y la clientela consolidada y que de mano conocía (...)" y termina haciendo un airado reclamo por cuanto, según su opinión, "es contrario a los usos comerciales, que indican que quien entre al mercado o lo pretenda hacer valer, debe buscar su propia clientela y comenzar a consolidar un mercado propio (...)". Pareciera que el deprecante reclama para sí la propiedad de la clientela que, por decir lo menos, está en clara contravía de los principios epistemológicos del derecho de la competencia.

Para terminar este punto, debe aclarar el Despacho que ni en las alegaciones del apoderado de la sociedad demandante, ni en las pruebas recaudadas y aportadas dentro del proceso, se asoma el más remoto indicio de que se haya configurado un acto de desviación de la clientela, en los términos del artículo 8 de la ley 256 de 1996.

4.3. Actos de desorganización

La demandante considera que se cometieron actos de desorganización contra su empresa, por cuanto "se encuentra probado que a raíz de la renuncia de Germán García García y Carlos Alberto González, (...) se presentó una reducción de los ingresos de la última (haciendo referencia a su empresa)". Igualmente opina, con base en unos documentos allegados al expediente anexos a la contestación de la demanda que, según apreciación del amanuense, provocaron el deterioro de las relaciones entre Baumer S.A. y su representada. Estos documentos son copias simples cartas remitidas por Inversiones Ortopédicas a varios destinatarios, en las cuales se expresa por parte de ésta una intención de adquirir material ortopédico para su distribución en el

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

18

pais, y las correspondientes respuestas, con algunas copias de facturas de venta de ese material a Inversiones Ortopédicas.

Esta Superintendencia ha dicho, con relación a los actos de desorganización, lo siguiente²⁴:

"De conformidad con el artículo 9 de la misma ley 256 de 1996 es desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno²⁵. De acuerdo con la doctrina, la desorganización debe ser entendida como la alteración o rompimiento de la estructura, orden y desenvolvimiento ordinario no solo de la empresa, sino también de las prestaciones mercantiles y del establecimiento ajeno²⁶. Igualmente ha señalado la doctrina que *"para los fines de lograr la desorganización interna de la empresa rival o sus establecimientos, la casuística es abundante, como promover la ruptura de relaciones laborales; alentar la realización de paros o huelgas; sustraer dependientes con tal finalidad; promover el incumplimiento de contratos de proveedores; estimular la apertura de procesos concursales; divulgar sus secretos, etcétera."*²⁷

Este ilícito concurrencial exige que la conducta esté encaminada a causar la desorganización empresarial, y que ésta no sea una consecuencia lógica e inevitable de la renuncia voluntaria de alguno o algunos de sus trabajadores. Pensar lo contrario sería atar *in perpetum* a los trabajadores eficientes, ya que ellos no podrían llegar a renunciar nunca porque esto implicaría una desorganización y una baja de productividad de las empresas. Ello sería, a todas luces, contrario al derecho constitucional de libertad laboral y de libre escogencia de trabajo.

Con relación a los documentos aportados a la contestación de la denuncia, hay que anotar que independientemente de la consideración del demandante sobre la forma en que fueron adquiridos los documentos, que por cierto no es objeto de debate en la presente actuación, no hay prueba siquiera indiciaria de que tales documentos hayan sido utilizados por los demandados como parte de una estrategia para crear desorganización, por tanto el cargo no tiene vocación de prosperar.

4.4. Inducción a la ruptura contractual.

El artículo 17 de la Ley 256 de 1996 manifiesta: *"Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores."*

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena solo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos."

El denunciante centra la discusión sobre este punto en la existencia de un contrato de distribución exclusiva entre Repremédicas S.A. y Baumer S.A., el cual, en percepción del libelista, fue cedido a Inversiones Ortopédicas con el mismo derecho de exclusividad. En consecuencia, habiendo logrado la sociedad Orthopedics García y González Ltda. contratar con Baumer S.A. la distribución compartida de los bienes que producía ésta en el exterior, para ser distribuidos en el territorio nacional, había inducido a la ruptura contractual, por incumplimiento de las obligaciones.

²⁴ Concepto No. 01056910 del 28 de agosto de 2001

²⁵ Ley 256 de 1996, artículo 9. "Actos de desorganización. Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno."

²⁶ JAECKEL, Jorge. Apuntes sobre Competencia Desleal. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Seminarios 8. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. 1998. Pág.52.

²⁷ GOMEZ LEYVA, Delio. De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica. Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, pág 403.

“Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal”

19

Revisado el texto del contrato entre Repremédicas S.A. y Baumer S.A. y el acervo probatorio que reposa en el expediente, se concluye que no se encuentra prueba alguna que el contrato se hubiese cedido en los términos que las partes pactaron en éste²⁸, por cuanto la cesión sólo procedía con autorización expresa y por escrito de Baumer S.A.. Es decir que a pesar de que Inversiones Ortopédicas reemplazó a Repremédicas en su distribución de material ortopédico producido por Baumer S.A., este simple hecho no constituye de ninguna forma una cesión del contrato. Recordemos el principio general de que el contrato “es ley para las partes”, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales²⁹

En conclusión, encuentra el Despacho que entre Baumer S.A. e Inversiones Ortopédicas S.A. existía un contrato nuevo, cuyas condiciones no constaron por escrito, y que tampoco se encuentra prueba alguna que éste tuviera pactada una exclusividad de distribución.

Este contrato, como claramente lo narra el apoderado de la demandante, se dio por terminado voluntariamente por la sociedad Inversiones Ortopédicas S.A., como se verá a continuación.

La sociedad Inversiones Ortopédicas S.A. para el 1 de febrero de 2000 –fecha coincidente con el periodo señalado en la denuncia como de comisión de los actos de competencia desleal-, distribuía los productos Baumer en el país³⁰, hasta luego de la reunión de junta directiva número 126 del 2 de mayo de 2000³¹, cuando

28 Contrato de distribución Baumer – Repremédicas, cláusula 11: “CECIÓN(sic) DEL CONTRATO: REPREDICAS no podrá ceder o transferir(sic) a terceros, total o parcialmente, sus derechos y obligaciones decurrentes de este contrato sin la anuencia, por escrito de BAUMER”. Cuaderno de pruebas – inspección a Inversiones Ortopédicas S.A., folio 290.

Por otra parte, el Código de Comercio dispone: artículo 887. “Reglas generales.- En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución...”.

Artículo 888. “Formas de hacer la cesión.- La sustitución podrá hacerse por escrito o verbalmente, según que el contrato conste o no por escrito”.

²⁹ Artículo 1602 del código civil. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

³⁰ Acta de Junta Directiva No. 123 del 22 de noviembre de 1999, cuaderno de pruebas, inspección a Inversiones Ortopédicas S.A.: en esa reunión se expresó la preocupación de la junta por la dificultad en el mercadeo de la línea de implantes de Baumer en la ciudad de Medellín, mientras en el resto del país era aceptada. Se tomó la siguiente decisión: “Con base en lo anterior se analizó y acordó continuar con la línea, teniendo en cuenta que aún en el mercado local puede tener una mejor posibilidad en el próximo año y en la medida en que los controles a los precios de estos insumos sean más exigentes”.

- Cartas del 15 de diciembre de 1999 y del 17 de enero del 2000, firmadas por el gerente general de Inversiones Ortopédicas S.A., dirigidas a Ruy Baumer, su homólogo de Baumer S.A., folio 113.

- Acta de Junta Directiva No. 124 del 1 de febrero de 2000: Se trató puntualmente la situación de los productos Baumer: “La Junta analizó la situación planteada con Baumer a raíz de su decisión de nombrar otros distribuidores para esta línea en Colombia, los cuales están atendiendo el mismo mercado que hasta la fecha ha establecido Multimédico en Colombia.- Se anotó que pese a las diferentes gestiones realizadas con Baumer, tanto telefónicas como escritas, no ha sido posible obtener una respuesta satisfactoria ni que la decisión tomada, sea revisada.- También se estableció la dificultad que representa el hecho de que diferentes distribuidores estén atendiendo el mercado con los mismos productos, por lo que se consideró la posibilidad de terminar con esa distribución y buscar nuevas líneas...- Finalmente, se acordó enviar una carta a Baumer, reclamando por la decisión adoptada y solicitándoles que rectifiquen la medida, por que de lo contrario, terminamos con el convenio de distribución que tenemos con dicha firma”.

- Carta del 3 de marzo de 2000, firmada por el señor Sergio Godoy, de Baumer S.A., dirigida al gerente de Inversiones Ortopédicas S.A., folio 87.

- Acta de Junta Directiva No. 126 del 2 de mayo de 2000: En esta reunión se aprueba el comienzo de relaciones comerciales con una empresa brasilera para reemplazar la línea de trauma de Baumer. Igualmente, se dio lectura a la comunicación enviada por el señor Sergio Godoy, en la cual manifiestan que no están interesados en recibir devolución de mercancía como pago a la deuda pendiente con ellos.

- Acta de Junta Directiva No. 127 del 22 de mayo de 2000: Se acuerda reiterar la solicitud a Baumer para que acepten la devolución de mercancía como pago del saldo adeudado por Inversiones Ortopédicas S.A., igual US\$35,675.35.

- Acta de Junta Directiva No. 128 del 21 de junio de 2000: Se leyó la comunicación enviada por Baumer el 5 de junio, en donde conmina a Inversiones Ortopédicas S.A. a cancelar su deuda.

- Acta de Junta Directiva No. 131 del 25 de septiembre de 2000: Del balance de prueba a agosto 31 de 2000, resultó que las ventas continúan bajas como consecuencia, entre otras, del proceso que ha significado dejar la línea Baumer y reemplazarla por la de OS.

- Acta de Junta Directiva No. 132 del 20 de noviembre de 2000: Consta que se envió otra comunicación a Baumer reiterando la solicitud de recibo de la mercancía como forma de pago, pero se determinó la imposibilidad del procedimiento por la terminación del contrato de distribución.

³¹ Acta de Junta Directiva No. 126 del 2 de mayo de 2000: En esta reunión se aprueba el comienzo de relaciones comerciales con una empresa brasilera para reemplazar la línea de trauma de Baumer. Igualmente, se dio lectura a la comunicación enviada por el señor Sergio Godoy, en la cual manifiestan que no están interesados en recibir devolución de mercancía como pago a la deuda pendiente con ellos.

- Acta de Junta Directiva No. 127 del 22 de mayo de 2000: Se acuerda reiterar la solicitud a Baumer para que acepten la devolución de mercancía como pago del saldo adeudado por Inversiones Ortopédicas S.A., igual US\$35,675.35.

- Acta de Junta Directiva No. 128 del 21 de junio de 2000: Se leyó la comunicación enviada por Baumer el 5 de junio, en donde conmina a Inversiones Ortopédicas S.A. a cancelar su deuda.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

20

tomó la decisión de establecer contacto con otros proveedores para reemplazar los productos de Baumer, y de comunicarse con esa sociedad brasilera para proponer fórmulas de arreglo para el pago de la deuda en contra de Inversiones Ortopédicas S.A., para con esto, finiquitar sus relaciones comerciales.

Es claro en las actas de la Junta Directiva de la sociedad Inversiones Ortopédicas S.A., sobre todo en la número 123 del 22 de noviembre que, si bien el hecho de la decisión de Baumer S.A. de nombrar otros distribuidores en Colombia fue un factor determinante para que Inversiones Ortopédicas S.A. diera por terminado el contrato de distribución que se ejecutaba, también pudo haberlo sido la falta de resultados esperados en el mercadeo de los productos Baumer, especialmente en el mercado de Medellín.

La maniobra endilgada a la sociedad denunciada consiste en hacer creer a Baumer que la demandante comerciaba con competidores suyos, y que, además, no existiendo un vínculo de exclusividad con ella, podía conseguir nuevos distribuidores que conocieran ampliamente el mercado y los clientes, conocimiento que adquirieran sirviéndose de la información que su representante legal y uno de sus vendedores extractaran de Inversiones Ortopédicas S.A., sus antiguos patronos, lo que motivó a la empresa brasilera a desmejorar las condiciones del contrato de distribución que se había prolongado en términos de exclusividad³².

De acuerdo con la correspondencia enviada por Baumer S.A. a la denunciante, la concesión de la distribución de sus productos a Orthopedics García & González ocurrió luego de cerciorarse de la inexistencia de pacto de exclusividad con Repremédicas, por rescisión del contrato, dada la suspensión de actividades de ésta. Verificado lo anterior, procedió Baumer S.A. con urgencia a nombrar un nuevo distribuidor, *"dispuesto a respetar la exclusividad de la marca Baumer y que demostrara experiencia, conocimiento y dominio del mercado"*³³. No obstante, en su carta, la sociedad Baumer S.A. expresa su intención de continuar sosteniendo el contrato de distribución con Inversiones Ortopédicas S.A., sin perjuicio de la relación comercial entablada con la Sociedad Orthopedics García & González Ltda. Pese a lo anterior, la sociedad denunciante decidió no continuar distribuyendo los productos Baumer.

Aunque es claro que la Sociedad Orthopedics García & González Ltda. es quien en la actualidad goza de las utilidades generadas por la distribución de los productos Baumer, no existen pruebas, como se dijo, que permitan establecer que ella, por una acción suya, haya inducido a Baumer S.A. a infringir los deberes contractuales contraídos con la sociedad Inversiones Ortopédicas S.A. Por el contrario, es claro que hubo una determinación unilateral e inequívoca por parte de Inversiones Ortopédicas S.A. de desvincularse de su proveedor Baumer, movida únicamente –y no existe prueba de lo contrario– por los principios que basan la autonomía de la voluntad, mismos de los que se sirvió Baumer S.A. para contratar la distribución de sus productos con la sociedad denunciada.

No estando probada la inducción, requisito que determina la deslealtad de los actos denunciados, este Despacho se abstiene de declarar que los actos desplegados por la Sociedad Orthopedics García & González Ltda. infringen lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 256 de 1996.

Sin perjuicio de lo anterior, vale anotar que existen vías jurisdiccionales ordinarias especializadas en el estudio de las obligaciones contenidas en un contrato, así como en el análisis del nacimiento, desarrollo y desenlace de aquél, por medio de las cuales puede intentarse una eventual declaratoria de incumplimiento contractual con todos los efectos pecuniarios que ésta pueda acarrear.

4.5. Violación de secretos

- Acta de Junta Directiva No. 131 del 25 de septiembre de 2000: Del balance de prueba a agosto 31 de 2000, resultó que las ventas continúan bajas como consecuencia, entre otras, del proceso que ha significado dejar la línea Baumer y reemplazarla por la de OS.

- Acta de Junta Directiva No. 132 del 20 de noviembre de 2000: Consta que se envió otra comunicación a Baumer reiterando la solicitud de recibo de la mercancía como forma de pago, pero se determinó la imposibilidad del procedimiento por la terminación del contrato de distribución.

32 Folio 405.

33 Folio 86 y cuaderno de pruebas – exhibición de documentos de Orthopedics García & González Ltda., folio 5.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

21

Establece el artículo 16 de la ley 256 de 1996:

Artículo 16: *Violación de secretos: se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.*

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Por su lado, el artículo 262 de la Decisión 486 de la CAN establece:

Artículo 262.- *Quien lícitamente tenga control de un secreto empresarial, estará protegido contra la divulgación, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros. Constituirán competencia desleal los siguientes actos realizados respecto a un secreto empresarial:*

a) *explotar, sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso con sujeción a una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;*

b) *comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar a dicho poseedor;*

c) *adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos;*

d) *explotar, comunicar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en el inciso c);*

e) *explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en el inciso c), o que no tenía autorización de su poseedor legítimo para comunicarlo;*

f) *comunicar o divulgar el secreto empresarial obtenido conforme al inciso e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al poseedor legítimo del secreto empresarial; o,*

Un secreto empresarial se considerará adquirido por medios contrarios a los usos comerciales honestos cuando la adquisición resultara, entre otros, del espionaje industrial, el incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad, o la instigación a realizar cualquiera de estos actos.

En los términos de los artículos anteriores, la configuración del ilícito concurrencial de violación de secretos dependerá de la presencia de los siguientes elementos:

1. La existencia de un secreto comercial o industrial.
2. Que dicho secreto haya sido divulgado o explotado por un tercero que accedió a éste legítimamente pero con deber de reserva, o que accedió a éste ilegítimamente, y
3. Que la divulgación o explotación del secreto se haya realizado sin autorización de su titular.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

22

Con relación al primer elemento de la configuración del ilícito, la existencia de un secreto comercial o industrial, debe darse las siguientes condiciones:

1. Verificarse la existencia de un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, hechos, actividades y cuestiones similares;
2. Que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros;
3. Que dicho secreto recaiga sobre procedimientos o experiencias industriales o comerciales, o esté relacionado con la actividad de la empresa o su parte organizativa;
4. Que los titulares del secreto tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello³⁴; y,
5. Que la información tenga "un valor comercial, efectivo o potencial, en el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen"³⁵.

Conforme a lo expuesto, podría constituir secreto comercial cualquier tipo de información sea técnica, comercial o de negocios, incluyendo procesos secretos, fórmulas, programas, especificaciones de productos, dibujos, planes de comercialización, listas de clientes, programas de computadoras, información de investigación y desarrollo, planes especiales de precio, información sobre costos o cualquiera otra información confidencial, siempre que se cumpla con los requisitos a los cuales se ha hecho referencia en los párrafos precedentes.

En el caso en estudio, nótese que faltan elementos esenciales para la constitución plena del ilícito concurrencial:

1. Existencia de un secreto comercial o industrial:
 - a. Verificación de la existencia de conocimientos especiales que versen sobre actividades profesionales: Sobre este punto es necesario hacer distinción de los componentes de la información: por una parte, hay un listado de clientes, y por la otra, información sobre la relación comercial entre la sociedad denunciante y ellos, específica de las necesidades y hábitos de compra, precios, forma de pago y promociones³⁶.

En cuanto al primero de los contenidos, puede decirse que lo más probable en el ámbito mercantil es que si de explorar un mercado con el ánimo de captar clientes se trata, una de las estrategias para obtener datos generales acerca de quienes, eventualmente, podrían necesitar el producto o servicio que se quiere ofrecer, sería la consulta de directorios generales o especializados, incluso, de registros públicos. Con lo que, las más de las veces, esa información simple puede coincidir con muchos listados de clientes de empresas que desarrollan el mismo objeto; en este caso, de aquellas que distribuyen material y equipo ortopédico. Esta información por sí sola no podría constituir un conocimiento especial susceptible de ser protegido como secreto empresarial.

34 GALÁN CORONA, Eduardo. Supuestos de Competencia Desleal por violación de secretos. En: La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991, Madrid 1992, p. 93-94.

35 ESCUDERO, Sergio. La Protección de la Información no Divulgada. En: Los Retos de la Propiedad Industrial en el siglo XXI, p. 321.

36 ÁLVARO ISAZA UPEGUI, memorial radicado 01094378-10064 del 10 de marzo de 2003, folio 404. INTERROGATORIO A HUMBERTO OCHOA BOTERO, pregunta 22, folio 358.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

23

No obstante, el conocimiento comercial de esas personas en cuanto a las necesidades y hábitos de compra, precios, forma de pago y promociones, no es posible obtenerlo de los datos sobre existencia y ubicación, aún de activos y balances, socios o generalidades sobre la sociedad o entidad a la que va a dirigirse la acción del oferente, no puede adquirirse sino mediante un proceso de interrelación entre el empresario y sus clientes, durante el cual se hace necesaria la inversión de tiempo y dinero. Así, la información contenida en la base de datos de Inversiones Ortopédicas S.A. acerca de sus clientes, por referirse a hechos o circunstancias que otros desconocen, en conjunto, podría alcanzar el nivel de información privilegiada y reservada que puede generar ventaja competitiva a quien dispone de ella, aun cuando algunos datos que hacen parte de ella puedan conocerse por medio de documentos públicos. De las pruebas que reposan en el expediente, se tiene que efectivamente existía una base de datos que guardaba la lista de clientes de Inversiones Ortopédicas, y que esta información no se limitaba a un listado de personas, sino que contaba con información adicional que era valiosa para la empresa³⁷.

- b. Que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros; Al decir del representante legal de la sociedad Inversiones Ortopédicas S.A., la base de datos que soporta la lista de sus clientes está en red, pero que ni siquiera tienen acceso los miembros de la junta directiva, sino sus vendedores mediante un código, de acuerdo con el área comercial de su manejo. Se deduce de tales características que esa información es considerada como confidencial para la empresa denunciante y está a resguardo con ciertas medidas de seguridad que hacen que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva, como lo son los miembros de la junta directiva y los vendedores de la empresa³⁸.
- c. Que dicho secreto recaiga sobre procedimientos o experiencias industriales o comerciales, o esté relacionado con la actividad de la empresa o su parte organizativa; Como se indica en el literal a. de este acápite, la parte que puede ser considerada como secreto empresarial es, exclusivamente, la que ha ido más allá del simple listado de clientes, y que requiere un esfuerzo significativo del empresario para su elaboración, dado por la experiencia industrial o comercial de éste. En el presente caso, tenemos que la información de ventas, estado de cuenta de cada cliente, promociones especiales por clientes, etc. es información que es susceptible de ser considerada como secreto empresarial, por cuanto exigieron del empresario un trabajo de recopilación, organización y análisis, producto de su experiencia comercial.
- d. Que los titulares del secreto tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello; En el interrogatorio hecho al señor Ochoa Botero se encuentra que existe el interés y la voluntad por parte de Inversiones Ortopédicas de mantener la información relacionada con sus clientes en cuanto hábitos de compra y demás información relevante con sus clientes como información reservada de la empresa³⁹.
- e. Que la información tenga "un valor comercial, efectivo o potencial, en el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen"; Indiscutiblemente la información sobre los hábitos comerciales de los clientes y sus relaciones con la empresa representan un valor comercial efectivo o potencial. Con esa información es posible diseñar y planear el futuro comercial de la empresa, crear estrategias de mercadeo y proyectar el negocio en su conjunto.

37 INTERROGATORIO A HUMBERTO OCHOA BOTERO, pregunta 22, folio 358.

38 Ibid.

39 Ibid.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

24

Del anterior análisis tenemos que la sociedad Inversiones Ortopédicas S.A. cuenta con una información que se considera como secreta o reservada, aunque debe aclarar el Despacho que ésta sólo se limita a la información que va más allá del listado de clientes y sus datos personales como dirección o teléfono, consiste en aquella sobre los clientes que ha conseguido a lo largo de varios años.

2. Que dicho secreto haya sido divulgado o explotado por un tercero que accedió a éste legítimamente pero con deber de reserva, o que accedió a éste ilegítimamente.

Aquí es donde el Despacho no encuentra soporte probatorio suficiente que permita la configuración del ilícito concurrencial de violación de secreto. Efectivamente, dentro del expediente reposa abundante material probatorio de que los señores Germán García y Carlos González conocían la lista de clientes de Inversiones Ortopédicas, y que estos, una vez creada su nueva sociedad, ofrecieron sus productos a varios clientes, entre los que se encontraban antiguos clientes de Inversiones Ortopédicas⁴⁰. Si bien la regla de la experiencia nos dice que si ellos poseían la información de la lista de clientes de Inversiones Ortopédicas S.A. y que éstos, los clientes, fueron objeto de ofertas comerciales por la nueva sociedad Orthopedics García y González S.A., es fácil concluir que los señores Germán García y Carlos González efectivamente utilizaron la lista de clientes de Inversiones Ortopédicas para ofrecerle sus servicios. Pero el utilizar la lista de clientes en cuanto a la información que no constituye secreto empresarial como son nombre, dirección y teléfonos de los clientes, no puede constituir violación a secreto industrial o comercial. Como se analizó en el numeral anterior, esta información no tiene la capacidad de ser información secreta, y en este sentido no se configura el ilícito concurrencial deprecado. Diferente situación sería que en el expediente existiera prueba alguna de la divulgación o explotación de la información reservada de la base de datos de Inversiones Ortopédicas, como hábitos de consumo de los clientes, ofertas, o cualquier otra información considerada como secreta, que hubiese permitido a Orthopedics García y González S.A. sacar un provecho especial de esta información, lo que no se encuentra probado dentro del expediente. No se demuestra de ninguna manera que la denunciada haya utilizado los datos específicos sobre la clientela, que sí pueden corresponder al concepto de secreto empresarial. No hay testimonios ni documentos que prueben que el comportamiento comercial de la denunciada con sus clientes era el mismo que guardaba con ellos la denunciante —que les haya ofrecido las mismas promociones, que haya tenido en cuenta el conocimiento de sus hábitos y necesidades, los mismos consignados en la base de datos—. Bien pudo la denunciada captar la misma clientela mediante el empleo de estrategias diferentes a las utilizadas por Inversiones Ortopédicas S.A. o acceder por sus propios medios a otra clase de información específica.

Una vez hecho el análisis probatorio y jurídico pertinente, se tiene que no se cumplen, por tanto, los presupuestos del artículo 16 de la Ley 256 de 1996.

Por lo anterior, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. La Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de sus facultades jurisdiccionales, declara no probada la incursión de la Sociedad Orthopedics García & González Ltda., en actos de competencia desleal descritos en los artículos 8, 9, 16 y 17 de la Ley 256 de 1996.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notifíquese el contenido de la presente resolución personalmente y en su defecto por edicto de conformidad con lo normado en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, al doctor Luis Alberto Sañudo Cruz, apoderado del denunciado en la presente investigación, y al doctor Álvaro

⁴⁰ Interrogatorio Carlos Alberto González Castro (fl. 294 a 300), preguntas 22, 23 y 26, interrogatorio Germán García García (fls. 306 a 311), preguntas 6, 7, 8 y 10, y carpeta de documentos aportados por Inversiones Ortopédicas S.A. en diligencia de exhibición de documentos.

"Por la cual se resuelve una denuncia por competencia desleal"

25

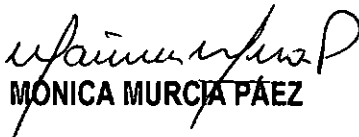
Isaza Upegui, apoderado del denunciante, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma procede los siguientes recursos:

- a. Recurso de reposición, interpuesto por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la misma.
- b. Recurso de apelación, interpuesto por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio para que sea sustentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en el acto de notificación o dentro de los 3 días siguientes de la misma.

En caso de ser interpuesto el recurso de reposición en la presente etapa procesal, el recurso de apelación deberá presentarse una vez resuelto el recurso de reposición, en el acto de notificación o dentro de los tres (3) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.Dada en Bogotá D.C., a **29 ABR. 2003**

La Superintendente de Industria y Comercio,



MONICA MURCIA PÁEZ

Notificaciones:

Doctor

LUIS ALBERTO SAÑUDO CRUZ

C.C. No. 70.095.922

Apoderado

SOCIEDAD ORTHOPEDICS GARCÍA & GONZÁLEZ LTDA.

Nit 811017871-5

Representante legal: Germán Alonso Garcia Garcia

C.C. No. 98.564.219

Calle 34 B No. 85-94

Medellín, Antioquia.

Doctor

ÁLVARO ISAZA UPEGUI

C.C. No. 8.268.082

Apoderado

INVERSIONES ORTOPÉDICAS S.A.

Nit 890911958-9

Representante legal: Humberto Ochoa Botero

C.C. No. 8.317381

Carrera 16 No. 96-64, oficina 507

Bogotá, D.C.