



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá D.C., Veintitrés (23) de Marzo de dos mil once (2011)

Sentencia No. 016.

Expediente: 0712960

Demandante: ALFA LOGISTICS CORP.

Demandados: ALLMARKET CARGO LTDA - antes ALFA CARGO LTDA - y YOLIMA PARDO CORDOBA.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a decidir de fondo la acción de competencia desleal de la referencia, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES.

1.1. Partes:

Demandante: Alfa Logistics Corp. Sucursal Colombia, se dedica, entre otras actividades, a ofrecer servicios de intermediación aduanera para la importación de mercancías, esto es, transporte y trámites legales.

Demandada: La sociedad Alfa Cargo Ltda¹, es una empresa que dedica su actividad mercantil al ofrecimiento de servicios de asesoría e intermediación aduanera para las importaciones de mercaderías y materias primas al territorio nacional.

La señora Yolima Pardo Córdoba se dedica desde el año 1996 a brindar asesoría e intermediar en materia aduanera y de importación de materias primas y mercancías al territorio Colombiano.

1.2. Los hechos de la demanda:

Narró la demandante que el día 1º de mayo de 2006 vinculó laboralmente a la sucursal de Alfa Logistics Corp. en Colombia a Yolima Pardo Córdoba, quien se desempeñó como Gerente Comercial de dicha sucursal hasta el 10 de octubre del mismo año. Indicó además, que el 29 de septiembre de 2006, la mencionada señora constituyó, junto con Jorge Armando Nieto Zamora (su esposo) la sociedad demandada, en la que funge como representante legal y que se dedica básicamente a prestar los mismos servicios que la empresa para la cual laboraba, es decir, Alfa Logistics Corp.

Manifestó la actora que la señora Pardo Córdoba, estando aun vinculada con la demandante, envió *e-mails* desde el correo institucional de Alfa Logistics Corp. a diferentes clientes de la actora, indicándoles su nueva cuenta de correo personal, suscribiendo tales comunicaciones como gerente comercial de la accionante. Además de los mencionados correos electrónicos, la demandada envió, el 1º de octubre de 2006, a la empresa Comtexto S.A. una cotización para el trámite de una importación, destacó que en esta oportunidad, se incluía en su texto una modificación del logotipo de la accionante, adicionando a éste en la parte inferior la palabra "Cargo", expresión que corresponde a la razón social de la persona jurídica demandada (Alfa Cargo Ltda.).

¹ Mediante Auto No. 1186 de 2008, el Despacho reconoció que la demandada cambió de razón social a Allmarket Cargo Ltda. (fl. 216 cdno. 3).

Según indicó la accionante en su libelo, el 5 de octubre de 2006, fecha en la cual aún laboraba para la actora, la señora Pardo Córdoba modificó, vía *e-mail*, las instrucciones de un embarque marítimo que sería notificado a la actora para su manejo en Colombia, indicando que: “*no hay problema que ALFA NO APAREZCA*” y que ahora la notificación debería hacerse a nombre de Allmark Comercial de Colombia S.A.

Finalmente, manifestó que el 9 de octubre del mismo año pidió la renuncia de la demandada, luego de enterarse que durante la primera semana del mes de octubre, la señora Pardo Córdoba viajó a la ciudad de Miami, con el fin de visitar clientes de la accionante, con el propósito de hacer negocios con ellos a nombre de Alfa Cargo Ltda.

Agregó que con las anteriores conductas, la pasiva incurrió, a voces del libelo, en los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7º, 8º, 11 y 15 de la Ley 256 de 1996.

1.3. Pretensiones:

Alfa Logistics Corp. Sucursal Colombia, en ejercicio de la acción declarativa y de condena prevista en el numeral 1º del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, solicitó que se declare que las conductas imputadas a su contraparte son contrarias a lo dispuesto en los artículos 7º (prohibición general) 8º (desviación de la clientela), 11 (engaño) y 15 (explotación de la reputación ajena) de la Ley 256 de 1996. Adicionalmente, solicitó que se ordene a la pasiva abstenerse de incurrir en el futuro en actos de competencia desleal, a suspender la utilización del signo Alfa Cargo, a retirar la página web www.alfacargo.com, así como la publicidad que contenga el signo Alfa Cargo y que se condene al pago de los perjuicios causados con ocasión de las conductas desleales.

1.4. Admisión y contestación de la Demanda:

Mediante Auto No. 961 de 16 de marzo de 2007, se admitió la demanda² contra Alfa Cargo Ltda. y Yolima Pardo Córdoba.

La parte accionada al contestar la demanda, manifestó la inexistencia de los actos de competencia desleal demandados, en virtud a que la señora Pardo tiene en el mercado un amplio reconocimiento debido a su trayectoria en el negocio. Adicionalmente, propuso excepciones de mérito que denominó “*inexistencia de causa para demandar*”, que sustentó en que no obra prueba del ofrecimiento al público de los productos de la actora, “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, que fundó en la inexistencia de actos de competencia desleal y “*atipicidad de las conductas endilgadas*” (folios 399 a 412 cdno. 1).

1.5. Audiencia de conciliación, decreto de pruebas y alegatos de conclusión:

El Despacho mediante auto número 1350 del 20 de abril de 2007, de conformidad con el artículo 101 del C.P.C. citó a las partes para audiencia de conciliación el día 14 de mayo del mismo año, diligencia a la que no compareció la parte demandante. Mediante auto No. 3917 del 12 de diciembre de 2007 se decretaron las pruebas del proceso.

El día 22 de abril de 2009, este Despacho profirió el auto número 436, por medio del cual se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad en la que la parte demandada además de reiterar su escrito de postulación, manifestó que las conductas alegadas no fueron probadas en la actuación, en tanto que la accionante se limitó a decir que sí se probó que la pasiva incurrió en los actos acusados.

² Ver folios 381 y 382 Cdno.1.

2. CONSIDERACIONES.

Habiéndose agotado las etapas procesales y en ausencia de nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

2.1. Hechos probados:

De conformidad con las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, se encuentran acreditadas las siguientes circunstancias fácticas:

2.1.1. La accionante se constituyó como sucursal de la compañía Alfa Logistic Corp. en Colombia el 1º de febrero del año 2006 y dedica su actividad comercial a prestar servicios de intermediación en materia de importación de mercancías³.

2.1.2. La señora Yolima Pardo Córdoba, laboró en dicha compañía desde el día 1º de mayo⁴, hasta el 9 de octubre del año 2006, fecha en la cual se realizó la liquidación del contrato laboral⁵.

2.1.3. El día 29 de septiembre del mismo año, la señora Pardo Córdoba en compañía del señor Jorge Armando Nieto Zamora, constituyeron Alfa cargo Ltda., sociedad en la que aquella funge como representante legal y gerente comercial y que tiene como actividad mercantil la intermediación y asesoría en materia de importaciones⁶.

2.1.4. Yolima Pardo Córdoba envió, vía *e-mail* desde la cuenta de correo yolimap@alfalogistic.net, el 1º de octubre de 2006, una serie de correos en donde informaba a los destinatarios su nueva dirección electrónica "yolima.pardo@gmail.com", los cuales firmó como gerente comercial de Alfa Logistics Corp⁷.

2.1.5. La señora Pardo Córdoba, en idéntica fecha, suscribió la cotización de servicio No. C-0064, dirigida a Comtexco S.A. informando los costos de una exportación marítima y servicios de intermediación aduanera.

2.1.6. En el mencionado documento se advierte que la demandada firmó como gerente comercial utilizando la dirección electrónica yolimap@alfalogistic.net, adicionalmente se observa, en la parte izquierda superior del *e-mail*, que el logotipo habitualmente utilizado por la actora (folios 114 a 341 cdno.1 y 158 a 163 cdno. 3) presenta una modificación consistente en el remplazo de la partícula "*Corp.*" por la palabra "*cargo*"⁸.

2.1.7. El día 4 de octubre de 2006 Adrian Bellino (agente marítimo en Mexico que trabaja con la demandante) envió un correo electrónico a Alfredo Varón (representante de Alfa Logistics Corp.), Diana Martinez (funcionaria de la actora) y Yolima Pardo, donde informaba que respecto del "embarque Allmark" el nombre de Alfa Logistics "*no está mencionado*", por lo que solicitó las aclaraciones del caso⁹.

³ Ver folios 3 y 4 y facturas de venta obrantes a folios 114 a 341, cdno. 1.

⁴ Ver folios 18 y 18 vto. (contrato individual de trabajo) y 39 (liquidación de dicho contrato) del cdno. 1.

⁵ Ver folio 39 del cdno. 1 (liquidación del contrato individual de trabajo firmada por Yolima Pardo).

⁶ Ver folios 21 y 22, cdno. 1 y testimonios obrantes a folios 176 a 181 y 199 a 204 cdno.3 .

⁷ Ver folios 23 a 27, cdno. 1. Entre los cuales se encuentran clientes de la actora tales como: Aritex de Colombia S.A., Adrian Bellino, Acerías Paz del Río, Coltelares Ltda., Novacolor Ci Ltda. (fls. 111 a113 cdno. 3 – listado de clientes recopilado en diligencia de inspección judicial practicada en la demandante).

⁸ Ver folios 28 a 30 cdno. 1.

⁹ Ver folio 31 cdno. 1.

2.1.8. El 5 de octubre de 2006, Yolima Pardo Córdoba envió desde su correo personal yolima.pardo@gmail.com un *mail* dirigido al señor Adrian Bellino en donde aparece como asunto “EMBARQUE ALLMARK”, indicando que se modifique el B/L y que “no hay problema que ALFA NO APAREZCA”¹⁰.

2.1.9. El 25 de octubre de 2006, la representante legal de Gallium de Colombia Ltda, cliente de la accionante¹¹, envió un oficio a la sociedad Alfa Logistics Corp., vía fax, mediante el cual le informó “que todo lo relacionado con nuestra carga de Bodegas de Zona Franca, lo cedimos a ALFA CARGO de YOLIMA PARDO... por lo tanto, la factura No. 0305, expedida por su empresa, NO la pagaremos y debe ser anulada”¹².

2.2. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996 (arts. 2º, 3º y 4º):

El ámbito objetivo en el presente asunto se encuentra satisfecho toda vez que el acto denunciado, esto es, el aprovechamiento de la calidad de gerente comercial de la demandante para realizar conductas tendientes a posicionar su nueva empresa, con el propósito de competir en el mercado, constituye un acto objetivamente idóneo para mantener o incrementar la posición en el mercado de quien lo ejecuta.

Así mismo, en el presente asunto está claro que las partes de este proceso participan en el mercado, mediante el ofrecimiento al público de los servicios de asesoría e intermediación en materia de importaciones de mercaderías y materias primas al territorio nacional, tal y como se señaló en los numerales 2.1.1. y 2.1.3. de esta providencia. En adición, los efectos de la conducta demandada están llamados a producirse en territorio nacional, toda vez que las partes ofrecen sus servicios en Colombia.

2.3. Legitimación de las partes (arts. 21 y 22 de la Ley 256 de 1996):

En el presente caso, encuentra el Despacho probado que dada la participación de la demandante en el mercado de asesoría e intermediación en materia de importaciones, las conductas reputadas en la demanda, pueden generar la afectación de los intereses económicos de la demandante, si se considera que las labores de captación de clientes, fueron llevadas a cabo por Yolima Pardo Córdoba cuando aun se desempeñaba como empleada de la demandante.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los actos denunciados, fueron ejecutados por Yolima Pardo Córdoba en su calidad de representante legal de Alfa Cargo Ltda. (hoy Allmarket Cargo Ltda.), con el propósito de atraer clientes para dicha sociedad, por lo que la mencionada persona jurídica se encuentra legitimada de conformidad con los artículos 196 y 200 del Código de Comercio, en tanto que, los actos de los representantes obligan a la persona jurídica, a menos que esta aduzca extralimitación en el ejercicio de las funciones, circunstancia que en este asunto no aconteció.

Aunado a lo anterior, las partes en este asunto concurren al mercado referido, dado que Yolima Pardo Córdoba constituyó la sociedad demandada al tiempo que laboraba con la accionante - que evidentemente también presta asesoría en materia de importaciones -,

¹⁰ Ver folio 34 cdno. 1. Cuyo texto es del siguiente tenor: “Favor cortar el B/L según mis instrucciones, no hay problema que ALFA NO APAREZCA. En este email esta (sic) copiado los señores de ALLMARK. CONSIGNATARIO^ OTM CORPORACION COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A. ALPASAR ZONA FRANCA DE BOGOTA. NOTIFY^ ALLMARK COMERCIAL DE COLOMBIA S.A. SRA. DORIS SALGADO BOGOTA-COLOMBIA TARIFAS AS AGREDD NOTA^ SRA. DORIS FAVOR INSTRUCCIONAR A GABRIELA QUE EL CORTE DE ESTE B/L QUEDA ASÍ.”

¹¹ Cfr. Inspección Judicial. CD. Folio 114 cdno. 3. Archivo “clientes yolima pardo” Pag. 17.

¹² Ver folio 44 cdno. 1.

amén de que los efectos de la conducta están llamados a producirse en el territorio nacional.

2.4. Problema jurídico:

El objeto del presente asunto se concreta en establecer si la constitución de una persona jurídica por parte de una persona que no ha finalizado su vínculo laboral y el efectivo ejercicio de la actividad que compite con la de su empleador actual, constituye un acto de competencia desleal.

2.5. Análisis de la deslealtad de los actos ejecutados por la parte demandada:

2.5.1. De los actos de engaño y explotación de la reputación ajena. (arts. 11 y 15 de la Ley 256 de 1996).

La configuración del acto de engaño depende de que el sujeto pasivo de la acción haya inducido al consumidor a incurrir en error respecto de las prestaciones mercantiles ofrecidas por aquel, es decir, se requiere la potencialidad por parte de su autor de que su comportamiento inductivo provoque una reacción entre el público con base en información que no corresponda a la verdad. De conformidad con lo anterior y bajo el presupuesto que la conducta antes descrita, busca proteger al consumidor para que su libertad de elección no resulte afectada con información que no corresponda a la realidad, encuentra el Despacho que en el *sub examen* no obra prueba que permita concluir que la demandada utilizara información contentiva de imprecisiones o afirmaciones falsas respecto de su actividad mercantil. Por este motivo, el acto alegado no se declarará probado.

La explotación de la reputación ajena condena el aprovechamiento indebido del prestigio o fama conseguido por otro en el mercado lo que, desde luego, debe ser acreditado por quien lo alega, en tanto que no basta referir que se tiene determinada trayectoria o reputación en el mercado, sino que se hace necesario aportar pruebas a la actuación que así lo respalden, situación que el accionante no acreditó, pues del expediente no se desprende que la actora tuviese la alegada reputación mercantil y menos que Alfa Cargo Ltda. o Yolima Pardo Córdoba se valieron ante terceros de la aludida reputación de la demandante para ofrecer sus servicios de asesoría e intermediación financiera. Por lo que este acto tampoco se declarará probado.

2.5.2. Del acto de desviación de la clientela. (art. 8º de la Ley 256 de 1996).

El artículo 8º de la ley de Competencia Desleal determina que *“se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial y comercial.”*

Para efectos de acreditar la ocurrencia del presente acto desleal, es imprescindible demostrar, de un lado, que la clientela atribuible a Alfa Logistics Corp., se abstuvo, efectiva o potencialmente, de solicitar sus servicios para luego optar por los ofrecidos por Alfa Cargo Ltda. o por Yolima Pardo Córdoba y, del otro, que lo anterior se produjo contrariando las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial, esto es, que la parte demandada contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistara - o al menos hubiese pretendido hacerlo - clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen acudido a los servicios de la actora.

Es cierto que la comisión de la presente conducta no requiere de la materialización efectiva de la desviación, pues de conformidad con la norma basta con el hecho que la conducta tenga por objeto desviar la clientela, luego si un comportamiento en el mercado está dirigido a captar o atraer clientes de manera contraria a los mencionados parámetros de conducta, – lógrese o no – sería imputable la consecuencia jurídica del artículo 8º de la Ley de Competencia Desleal, a quien lo comete.

Ahora bien, la interpretación según la cual la moderna regulación de la competencia desleal dejó atrás el tinte corporativista que redujo el campo de aplicación de la disciplina de la competencia desleal a un derecho “*de comerciantes para comerciantes*”, debe ser aplicado en este caso. No podría ser de otra forma; el desarrollo de la competencia desleal ha llegado al estadio de ampliar su campo de aplicación a todos los partícipes del mercado, sin distinción. Por lo que mal se podría interpretar un comportamiento para cuya tipificación sería necesario acudir a figuras netamente corporativas, no oponibles a actores del mercado diferentes a los comerciantes.

En efecto, si la interpretación se queda en requerir para la tipificación de la conducta, usos y costumbres, una tarifa legal probatoria, tales preceptos tienen un completo tinte corporativo, ya que son aquellos comportamientos reconocidos como tales por el código del comercio o utilizados por comerciantes, de tal manera que no podría exigirsele a un consumidor u otro agente no comerciante, tales estándares de conducta.

La interpretación que el Despacho acoge hoy y que fundamentará más adelante, es la más coherente con la nueva competencia desleal, esa que no requiere competencia directa para su aplicación, que puede ser realizada por cualquiera que participa en el mercado, siempre y cuando, esté dentro de los límites del bien común y de acuerdo a los principios constitucionales de la libre y leal competencia.

Finalmente, ya que tratándose de la forma de interpretación de “*sanas costumbres mercantiles o usos honestos en materia industrial y comercial*”, esta Superintendencia, en pasadas oportunidades, se inclinó por la tesis que impone la carga de la prueba de los usos y las costumbres mercantiles que se alegan violentados, de conformidad con los artículos 3º y 6º del Código de Comercio y los artículos 189 y 190 del C.P.C.¹³, revisada nuevamente la cuestión, se advierte la necesidad de modificar la referida postura, con apoyo en las razones que se expondrán a continuación:

a. Las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial obedecen a criterios de comportamiento aceptado socialmente, no se refiere a la fuente de derecho o *secundum leggem* (art. 3 C.Co.).

Como fundamento de la anterior premisa, debe tenerse en cuenta que cuando el término “*costumbre*” está precedido por cualquier adjetivo que denote un comportamiento ético o moral, como es nuestro caso con la cualidad “*sanas*”, el legislador no hizo referencia a la costumbre como fuente de derecho (*secundum leggem*), sino a aquellas prácticas orientadas por principios éticos y morales que se exigen para la realización de cualquier actividad, *verbigracia*, la competencia mercantil.

Así lo manifestó esta Superintendencia, posición que hoy ratifica, al sustentar que: “*El término "costumbre" no tiene un significado unívoco en nuestro derecho, especialmente cuando está vinculado con adjetivos que denotan un comportamiento moral o ético tales*

¹³ Cfr. Sentencias No. 02 y 06 de 2007. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto N° 01028774 de octubre 23 de 2001; Resolución N° 40125 de noviembre 29 de 2001, exp. 00-224085; Resolución 05716 de febrero 26 de 2002, exp. 00-009574; y Resolución 08329 de marzo 28 de 2003, exp. 00-086410.

como "buenas", o en este caso "sanas"...el término costumbre no implica necesariamente costumbre como fuente de derecho, sino que en muchos casos la expresión costumbre está ligada a la práctica conforme a la moral, utilizando para tal fin el vocablo costumbre acompañado de un adjetivo que denote un estándar ético, como por ejemplo el de las buenas costumbres o sanas costumbres" ¹⁴. Tesis que, en adición, fue ratificada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁵.

Además, de los artículos 1º y 6º de la Ley 256 de 1996, se colige que el legislador adoptó, lo que la doctrina internacional denomina el "modelo social" ¹⁶, pues al extender el beneficio de la Ley a "todos los que participen en el mercado" y supeditar su interpretación de acuerdo con los principios constitucionales dentro de los límites del bien común y adicionalmente imponiendo a aquellos un deber de actuar con responsabilidad, se apartó del denominado esquema corporativista o corporativo¹⁷, el cual protegía exclusivamente los intereses de los profesionales dedicados a actividades mercantiles.

Así, el modelo social se ve reflejado no solo en la amplitud de los destinatarios de la Ley de competencia desleal, sino que obliga al juzgador a proteger también los intereses particulares de las partes, además de los intereses comunes de los consumidores y – por supuesto - del orden económico, pues establece deberes objetivos de conducta para quienes acuden al mercado, *verbigracia*, buena fe, sanas costumbres mercantiles o usos honestos. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que este modelo incorporó dentro de la norma, el concepto de buena fe objetiva¹⁸, el cual, hace referencia a que la comisión de la conducta, no está supeditada a elementos subjetivos como el dolo o la culpa del infractor.

¹⁴ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5321 de marzo 23 de 2004 y 10030 de mayo 10 de 2004. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, Sentencia de febrero 3 de 1992: "Al efecto, esa terminología del artículo 75 del código de comercio [hoy Ley 256 de 1996], aún la que alude a la COSTUMBRE MERCANTIL, no puede entenderse como correspondería a la costumbre *secundum leggem*, costumbre como norma positiva, sino apenas como esos principios éticos que deben presidir la competencia. No es pues que tenga que ubicarse como norma general abstracta con fuerza de ley, una costumbre mercantil, que deba ser probada de acuerdo a la ley procesal, y que sea preciso igualmente demostrar su violación, con la conducta del comerciante, no. Cuanto procede es la alegación de una conducta del empresario competidor, frente a su competidor, que desborde esos principios éticos que deben presidir la competencia, que sea contrario a la buena fe comercial, al normal y honrado desenvolvimiento de la actividad competitiva, que no sea probo ni correcto, de acuerdo con los usos y comportamientos normales en el comercio; cualquier conducta que desborde esas prácticas usuales, es perniciosa y desleal".

¹⁵ Proceso No. 30 - IP - 96. Quito. Ecuador. 12 de septiembre de 1997. "Las 'buenas costumbres' han de asimilarse a la moral en el sentido de la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas... Debe precisarse que los términos "buenas costumbres"... no pueden ser confundidos con la costumbre como fuente del derecho nacida de la práctica social ni, de manera particular, con la costumbre mercantil, la cual tiene esencial importancia dentro del ámbito del Derecho Comercial dado su característico dinamismo y constante evolución; muestra de esa importancia constituye el reconocimiento hecho por las leyes mercantiles al otorgar a la costumbre valor como fuente del derecho, equiparándola incluso a la propia ley, dentro de determinados parámetros (*verbigracia* Art. 3 del Código de Comercio colombiano: "La costumbre mercantil tendrá la misma fuerza que la ley comercial, siempre que..."...Pero no puede hablarse en el mismo sentido cuando la ley se refiere a las "buenas costumbres", consideradas como la "conformidad que debe existir entre los actos humanos y los principios de la Moral" (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas. T. I, 23a. Edición, Editorial Heliasta, 1994, p. 522). Concluye, con mucha veracidad, el profesor Cabanellas al decir que "las buenas costumbres a que incorrectamente se refiere el legislador no son otra cosa que la moral pública, en la que tanto influyen las corrientes del pensamiento de cada época, los climas, los inventos y las modas"...Por todo lo anterior es comprensible que cuando el legislador se refiere a la "costumbre mercantil" hace alusión a la costumbre como fuente del Derecho Comercial y cuando se utiliza la expresión "buenas costumbres", en cambio, se cautela la moral social aceptada o predominante según el lugar y la época".

¹⁶ Cfr. Menendez Menendez, Aurelio: LA COMPETENCIA DESLEAL. Madrid, Real Editorial Academia de Jurisprudencia y Legislación. 1988. Pag. 89 ss. En igual sentido Alberto Emparanza Sobejano. El Boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia. Ed. Civitas. Primera Edición. Pag. 142. "Así, si en un primer momento su objeto se limitaba a proteger a los empresarios de sus competidores que, a través de 'malas artes', perjudicaban sus propios intereses, más tarde, se extendió esa finalidad tuitiva a los consumidores... Finalmente, se ha estimado esimismo merecedor de salvaguarda especial el interés público".

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. Rafael García Pérez. LEY DE COMPETENCIA DESLEAL. Thomson Aranzadi 2008. Pag. 84 y 85. "Los comportamientos desleales son aquellos que resultan objetivamente contrarios a la buena fe, por lo que no es necesario constatar la existencia de dolo o culpa". En igual sentido Alberto Emparanza Sobejano. El Boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia. Ed. Civitas. Primera Edición. Pag. 140. "El criterio de buena fe

En este orden de ideas, la acepción comprendida en la parte final del artículo 8º de la Ley de Competencia Desleal, debe entenderse como un desarrollo del modelo social, por lo tanto, cuando la Ley 256 de 1996 hace referencia a las sanas costumbres o usos honestos, está salvaguardando los derechos de los empresarios, los consumidores, y la sociedad en general, por lo que no es viable exigir de ellos, para su protección, la prueba de existencia de la costumbre o del uso, pues indudablemente se refiere a aquellas conductas o comportamientos que se apartan del imperativo moral y ético apenas exigible a cualquier profesional del comercio, es decir, que por sanas costumbres mercantiles o usos honestos se entiende el actuar dentro de los parámetros morales y éticos que se espera de quienes acuden a un mercado con el propósito de disputar una clientela¹⁹.

De igual manera, atendiendo los mismos parámetros objetivos de comportamiento, los comerciantes pueden pugnar con sus competidores para atraer clientes a sus propias prestaciones y solo se tendrá como desleal la conducta cuando, se utilicen medios contrarios al deber de actuar de buena fe, lealtad y transparencia en el normal y honrado desenvolvimiento de la actividad competitiva²⁰.

Corolario de lo anterior, es menester puntualizar que el artículo 8º de la Ley 256 de 1996 se constituye en una pequeña cláusula general de prohibición que recoge aquellos comportamientos contrarios a lo que se espera de un participe en el mercado y que siendo objetivamente dirigido a desviar la clientela, sea para provecho propio o de un tercero, incluso, indeterminado, que no se halle tipificado en los comportamientos establecidos en los artículos 9 a 19 de la mencionada Ley.

b. El caso concreto:

En el caso particular, pese al indudable reconocimiento del que goza la señora Pardo Córdoba y su amplia trayectoria en el mercado de los servicios de asesoría e intermediación aduanera, realidad que al unísono se demostró con la totalidad de los testimonios recaudados, obra prueba suficiente en el plenario para concluir que la demandada, obró de manera contraria a las exigencias de la ética y la moral, que se espera de los participantes del mercado, desviando la clientela de su patrón al momento de la comisión de los actos hacía sí mismo.

De hecho, como se mencionó en el acápite de hechos probados, la demandada constituyó una empresa comercial para competir directamente en el mercado con su empleador, circunstancia que por sí misma no constituye deslealtad, puesto que obedece al desarrollo constitucional de la libertad de empresa (artículo 333 de la C.P.), como tampoco es repudiable el hecho de que los clientes de Alfa Logistics Corp. hayan preferido, *motu proprio*, los servicios ofrecidos por Alfa Cargo en cabeza de la señora Córdoba, tal y como sucedió con la situación referida en el numeral 2.1.9., no obstante, emplear los medios tecnológicos puestos al servicio de una determinada empresa, para lograr el afianzamiento de otra, aprovechándose de la calidad de trabajador, sí resulta reprochable, en tanto que con esta conducta se logra la desviación de clientes con méritos que no son propios, como pasó en el *sub lite*, puesto que Yolima Pardo, la última semana en que laboró para la

objetiva que alberga este precepto constituye el núcleo básico de enjuiciamiento en el marco del derecho contra la competencia desleal”.

¹⁹ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Fecha 12-Dic-2001. Radicación 01086015 “Las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos industriales y comerciales son entendidas como los principios morales y éticos que deben cumplir los comerciantes y demás participantes en el mercado en la actividad competitiva, dentro del contexto de que constituye una práctica usual del comercio la observancia de los mismos. Las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos industriales y comerciales no requieren para su acreditación el cumplimiento de los artículos 189 y 190 del código de procedimiento civil”.

²⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 01086015 de diciembre 12 de 2001.

accionante, utilizó la cuenta de correo institucional y la firma electrónica como gerente comercial de Alfa Logistics Corp., con el propósito de realizar actuaciones a favor de la empresa recién constituida por ella.

Así, con respecto a lo indicado en el numeral 2.1.4., se evidencia que informó a un número plural de personas - entre los cuales se cuentan clientes de la actora - el cambio de su dirección electrónica y en algunos casos su número de celular y que dichas comunicaciones las firmó como gerente comercial de Alfa Logistics Corp., situación que conlleva a deducir, que cualquier usuario entendiera que la gerente comercial de la compañía ahora demandante, simplemente cambió su dirección electrónica.

En cuanto a lo mencionado en el numeral 2.1.8., en la documental referida - que es plena prueba conforme al numeral 3º del artículo 252 del C.P.C. - aparece de manera diáfana que Yolima Pardo Córdoba, desde su cuenta personal de *g-mail*, buscó desviar el embarque del cliente "Allmark", con la supresión del nombre Alfa Logistics Corp del B/L, pretendió cambiar el destinatario, además, debe tenerse en cuenta que en la fecha que esto sucedió, ella aun trabajaba para la demandante.

Así, el hecho narrado en el numeral 2.1.6. – con idéntica validez probatoria -, implica que la mencionada señora, utilizó el logotipo de la empresa para la cual trabajaba (Alfa Logistics Corp.) y lo alteró, reemplazando la palabra "Corp" por "Cargo", tal y como se muestra a continuación:



Una vez analizadas las anteriores circunstancias fácticas, las conductas de la pasiva no se enmarcan dentro de lo ético-moral o de lo socialmente aceptable, máxime si se tiene en cuenta el reconocimiento, trayectoria y experiencia en la prestación de servicios de asesoría e intermediación aduanera de la demandada, quien participa en el mercado, incluso, con anterioridad a la demandante, situación que por sí misma le exige un comportamiento más responsable éticamente hablando, frente a sus competidores, en especial ante la sociedad misma. Por lo tanto, prudente y honesto habría sido informar el motivo del cambio de cuenta de correo y la constitución de su nueva empresa, absteniéndose de inducir a los destinatarios del *e-mail* al convencimiento de que la gerente comercial de Alfa Logistics Corp, cambió su dirección electrónica, dando a entender que seguía ostentando tal calidad. Adicionalmente, la alteración del logotipo de la empresa para la cual laboraba, evidencia su actuar desleal, pues utilizó los medios entregados por su empleador, para adelantar actuaciones en busca de clientes para su nueva compañía – concretamente Comtexco S.A. -.

Así mismo, al pretender cambiar de destinatario el embarque de "Allmark", no sería ajustado a la realidad concluir que se trata de una conducta natural entre los comerciantes, pues la disputa clientelar encuentra su razón de ser en la libre y leal competencia, que a todas luces resulta transgredida con el actuar de la demandada, pues, entre otras cosas, conoció de la operación en virtud a su vínculo laboral con la actora, situación que corrobora que la señora Pardo Córdoba obró de manera contraria a las sanas costumbres.

Por todo lo anterior, encuentra el Despacho que Allmarket Cargo Ltda. (antes Alfa Cargo Ltda.) y Yolima Pardo Córdoba, cometieron los actos de desviación de clientela contemplados en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996, por realizar comportamientos que se apartan de los apenas exigibles a los profesionales del comercio, ajenos y contrarios a la ética y la moral, ausentes de los principios básicos de convivencia como la lealtad, la honestidad y en general comportamientos contrarios a la buena fe comercial²¹.

2.5.3. De la prohibición general. (art. 7º de la Ley 256 de 1996).

La cláusula general de competencia desleal, prevista en esta norma, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos específicos contemplados en los artículos 8º a 19º de la citada Ley 256 de 1996, razón por la cual la evocación del artículo 7º también impone la obligación de demostrar a quien la alega. Situación que no ocurrió en el *sub lite*, debido a que la conducta alegada encuadró en el artículo 8º de la precitada Ley. En consecuencia, no es posible enmarcar la conducta de la demandada en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996.

2.6. Pretensión indemnizatoria.

Demostrado como se encuentra, que la conducta de Allmarket Cargo Ltda. (antes Alfa Cargo Ltda.) y Yolima Pardo Córdoba resultó constitutiva del acto de competencia desleal señalado en el numeral 2.5.1, corresponde ahora abordar el análisis de las pretensiones indemnizatorias.

Sobre el particular, ha opinado la jurisprudencia que *“incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama, de modo que no le es dado a éste conformarse con probar simplemente el incumplimiento, por parte del demandado, de la obligación genérica o específica de que se trate, puesto que la infracción de la misma no lleva ineludiblemente consigo la producción de perjuicios”* (Cas. Civ. Sent. de julio 27 de 2001, exp. 5860), perjuicio que, para ser indemnizable, debe ser cierto, esto es, *“que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha”* (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. de mayo 21 de 1998, exp. 10.479).

Lo dicho cobra relevancia en el presente asunto, debido a que la accionante no demostró la cuantía de un daño indemnizable emanado del acto denunciado (daño emergente - lucro cesante), de hecho, el único cliente respecto del cual efectivamente se acreditó la ejecución de actos de desviación, fue el relacionado en el numeral 2.1.7., el cual optó finalmente por contratar con la demandante, pues del indicado en el numeral 2.1.9., no obra prueba en el plenario que indique que dicho cliente lo desvió la pasiva cuando aún trabajaba para la actora.

²¹ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias No. 4 y 20 de 2009 y No. 1 y 14 de 2010. El concepto de la buena fe comercial se ha entendido como *“la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios, o como la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones, que les permite obrar con la conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico”*.

2.7. Conclusión.

En el asunto que ahora se decide, la pasiva realizó comportamientos contrarios a los principios de la buena fe comercial, enmarcados en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996, conducta que tuvo como objeto atraer para una empresa recién constituida la clientela que demandaba los servicios prestados por la actora, sociedad que era empleadora de la representante legal de la pasiva. Adicionalmente, los perjuicios causados por la conducta descrita no fueron demostrados por la accionante, por lo que se resolverá denegar dicha pretensión.

En cuanto a las demás pretensiones de la demanda, corresponde al Despacho denegarlas por improcedentes.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. **Declarar** que la sociedad Allmarket Cargo Ltda. (antes Alfa Cargo Ltda.) y la señora Yolima Pardo Córdoba incurrieron en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 8º (desviación de clientela) de la Ley 256 de 1996.
2. **Denegar** las pretensiones de la demanda, en relación con los actos desleales de 7º (prohibición general), 11 (engaño) y 15 (explotación de la reputación ajena) de la Ley 256 de 1996, así como la indemnización de perjuicios y las demás, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.
3. **Condenar** en costas a la parte demandada. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado Para Asuntos Jurisdiccionales

DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO

Sentencia para cdno. 3.

Doctora
MARIA JOSE LEMUS BECERRA
Apoderada **Parte demandante**
C.C. No.51.984.933
T.P. No. 81.592 del C.S. de la J.

Doctora
DIANA MARCELA GONZALEZ MORALES
Apoderada **Parte demandada**
C.C. No. 52.820.175
T.P.146.075 del C.S. de la J.