



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

DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá, D.C., Treinta y Uno (31) de Julio de 2012

Sentencia No. 4158

Expediente 09069971

Demandante: Paragon Project Resources Inc., Richard G. Paddock y HMM S.A.

Demandado: Incoplan S.A., GMV Auditores y Consultores S.A. y Robinson González González.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Paragon Project Resources Inc. (en adelante: Paragon), Richard G. Paddock (en adelante: Richard) y HMM S.A. (en adelante: HMM), contra Incoplan S.A. (en adelante: Incoplan), GMV Auditores y Consultores S.A. (en adelante: GMV) y Robinson González González (en adelante: Robinson), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1 Los hechos:

Señalaron las demandantes que integran el denominado “Consortio Interventoría Aeropuerto Capital” constituido mediante documento de 6 de noviembre de 2008, a través del cual presentaron propuesta al concurso de méritos 8000039-OF de 2008 abierto por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, que buscaba seleccionar al Adjudicatario – Interventor que celebrará el contrato estatal, cuyo objeto era *“La interventoría operativa ambiental, y de mantenimiento para la Concesión de la Administración, Operación, Explotación Comercial, Mantenimiento, Modernización y Expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”*.

Expresaron que como integrante del equipo de trabajo mínimo requerido presentaron al ingeniero Miguel Eduardo Nule Velilla para el cargo de “Director o Gerente General de la Interventoría”. Para el efecto anterior y con el fin de acreditar su experiencia, el señor Alexander de Bedout en calidad de Representante Legal, certificó que Miguel Nule además de ser el Representante Legal del consorcio, ejerció el cargo de presidente y gerente operativo del mismo para el contrato de interventoría de la Red Férrea del Atlántico celebrado con Ferrovías (hoy INCO) en el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2001 y el 28 de septiembre de 2007.

Según afirmaron las demandantes, la Unidad Administrativa Aeronáutica Civil, en su informe de evaluación técnica del concurso de méritos consideró que el señor Miguel Nule no cumplía con los requerimientos para ocupar el cargo mencionado, evaluación esta que se basó en la certificación presentada por el INCO, en la que ésta manifestó que de acuerdo con el contrato de interventoría firmado entre Ferrovías (hoy INCO) y el Consorcio Covifa, Miguel Nule figura como representante legal en un periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2001 y octubre de 2003.

Sentencia N° 4158 de 2012

El día 13 de mayo de 2009, el señor Francisco Navarrete Riveros, apoderado del Consorcio Operador Aeroportuario, hizo en audiencia pública afirmaciones falsas en relación con la certificación expedida por el representante legal de Covifa en la que se acreditó la experiencia de Miguel Nule y posteriormente, mediante comunicación de 15 de mayo de 2009 dirigida a la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, los señores Santiago Páez y Fabio E. Villamil, representante legal de Incoplan, reiteraron que la certificación expedida por Alexander de Bedout no correspondía a la realidad y que en esa medida el Consorcio estaba pretendiendo validar documentos falsos dentro del concurso de méritos.

En opinión de las accionantes el Consorcio Operador Aeroportuario, tanto en la audiencia como en la comunicación mencionada, desacreditó públicamente a los integrantes del Consorcio Interventoria Aeropuerto Capital, induciendo de esa manera en error a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, quien investigó tales acusaciones pero finalmente terminó adjudicando el contrato al Consorcio Operador Aeroportuario.

Adicionalmente, según las demandantes, las accionadas presentaron información inexacta a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil relacionada con requisitos esenciales contemplados en el pliego de condiciones, a partir de lo cual obtuvieron una ventaja competitiva frente a los demás proponentes mediante la infracción a una norma jurídica, a lo que agregaron que también se infringieron la prohibición contenida en el párrafo quinto del numeral 3.1.5. de los pliegos de condiciones, toda vez que Incoplan y Robinson se encontraban imposibilitados para participar en el concurso, infracción que también les generó una ventaja competitiva frente a los demás proponentes.

Señalaron que a pesar de las circunstancias ya referidas, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil mediante resolución 02603 de 28 de mayo de 2009 adjudicó al Consorcio Operador Aeroportuario el concurso público de méritos al que se ha venido haciendo referencia, por lo que el 29 de mayo el consorcio conformado por las accionantes presentó una solicitud de revocatoria directa del acto administrativo de adjudicación, pero a pesar de ello el 4 de junio de 2009 el contrato fue celebrado.

1.2. Pretensiones:

En ejercicio de la acción declarativa y de condena contemplada en el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, las demandantes solicitaron que se declare que las accionadas incurrieron en las conductas desleales de descrédito, engaño, violación de normas así como la prohibición general contenida en el artículo 7 de la ley 256 de 1996 y que como consecuencia de ello se les condene a pagar los perjuicios causados con su conducta.

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante auto número 1117 de agosto 5 de 2009 se admitió la demanda presentada.

Las accionadas, al contestar el libelo, señalaron que tanto las afirmaciones hechas por el doctor Juan Francisco Navarrete Riveros como por los representantes legales de INCOPLAN estuvieron fundamentadas en los documentos allegados a la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil por parte del INCO, así como en los informes presentados a este por COVIFA y en esa medida las observaciones y comentarios realizados no son falsos.

Agregaron que no es verdad que el consorcio conformado por las demandadas hayan presentado información inexacta a la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil,

Sentencia N° 4158 de 2012

ni que no cumpliera con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, pues de haberse presentado tal situación no habría sido adjudicado el contrato.

2. CONSIDERACIONES

Agotadas las etapas procesales y dado que no se presentan nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

2.1. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996:

El ámbito objetivo se encuentra satisfecho en el presente asunto, por cuanto hacer afirmaciones desacreditantes respecto de un competidor que no se ajustan a la realidad, así como lograr con ocasión de ello la adjudicación de un contrato mediante el suministro de información inexacta y la infracción de normas, constituyen actos objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo ejecuta o de un tercero.

Por otra parte, el ámbito subjetivo de aplicación también se encuentra acreditado, dada la participación de los extremos procesales en el mercado de la presentación de propuestas para concurso de méritos. Finalmente, las conductas denunciadas como constitutivas de competencia desleal produjeron efectos en el mercado colombiano.

2.2. Legitimación de las partes:

En el caso en estudio se encuentran legitimadas las demandantes puesto que está acreditada su participación en el mercado de la presentación de propuestas para concurso de méritos, de modo que de acreditarse que hicieron afirmaciones falsas respecto de las demandantes o que estas participaron en un concurso de méritos mediante infracción de normas y el suministro de información inexacta, es evidente que sus intereses económicos resultarían afectados.

De otra parte, está demostrado en el expediente que la demandada hizo afirmaciones públicas relacionadas con la actividad de las demandantes, razón por la cual está legitimada para soportar la acción en referencia.

2.3. El problema jurídico:

El problema jurídico se circunscribe a determinar por una parte si, en el marco de un concurso de méritos la difusión de información relacionada con el incumplimiento de requisitos de otro proponente, y de otra si lograr la adjudicación de un contrato haciendo uso de información inexacta o infringiendo las disposiciones del pliego de condiciones, constituyen los actos de competencia desleal denunciados.

2.4. Hechos probados:

Con fundamento en las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, es posible tener por cierto lo siguiente:

2.4.1. De conformidad con las documentales obrantes a folios 145 a 147 del cuaderno 1, Paragon, Richard y HMM se asociaron con el nombre "Consorcio Interventoría Aeropuerto Capital" con el fin de presentar una propuesta para el proceso 8000039 OF de 2008, cuyo objeto, según el documento referido, era "La interventoría operativa, ambiental y de

Sentencia N° 4158 de 2012

mantenimiento para la concesión de la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C.”.

2.4.2. De acuerdo a las documentales obrantes a folios 157 a 160 del cuaderno 1, Incoplan, GMV y Robinson, conformaron el “Consortio Operador Aeroportuario” a fin de responder al concurso de méritos antes mencionado (fl. 161, cdno. 1).

2.4.3. El día 28 de octubre de 2008 el señor Alexander de Bedout expidió una certificación en la que señaló que el señor Miguel Eduardo Nule Velilla se desempeñó como presidente y gerente operativo de “Consortio Vías Férreas del Atlántico”, en dicha certificación enunció algunas de las funciones cumplidas, señaló como fecha de inicio el día 15 de noviembre de 2001 y como fecha de terminación el día 28 de septiembre de 2007.

2.4.4. En audiencia pública realizada el día 13 de mayo de 2009, el señor Juan Francisco Navarrete Riveros, quien hizo una intervención a nombre del Consortio Operador Aeroportuario, señaló que las certificaciones presentadas por el señor Miguel Nule expedidas por Alexander de Bedout, tienen un contenido falso, que no corresponde con la verdad, pues el señor Nule no tiene la experiencia específica requerida y en esa medida **la certificación que trataban de hacer valer sencillamente no es valedera porque el contenido no puede ser delimitado y corroborado (...)** (fl. 22, cdno. 2, a partir del minuto 21:05).

2.4.5. Incoplan dirigió una carta al Comité de Evaluación Concurso 8000039 de 2008 de la Unidad Administrativa Espacial de la Aeronáutica Civil, fechada de 15 de mayo de 2009, en la que afirmó que la certificación que Alexander de Bedout Nule expidió a favor de Miguel Nule contiene información que no es cierta respecto de la experiencia de este señor (fls. 229 a 232, cdno. 1), carta que de acuerdo a la contestación de la demanda de Incoplan, fue radicada el 18 de mayo de 2009.

2.4.6. De acuerdo a lo aceptado por las partes, el concurso público de méritos N° 8000039 OF de 2008 fue adjudicado al Consortio Operador Aeroportuario, cuyo objeto consistía en contratar la interventoría operativa, ambiental y de mantenimiento para la concesión de la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión del Aeropuerto Internacional el Dorado de la ciudad de Bogotá D.C. Finalmente se celebró el contrato N° 9000070 – OK 2009 el día 4 de junio de 2009 para los efectos mencionados.

2.4.7. Con fecha 29 de mayo de 2009 el Consortio Interventoría Aeropuerto Capital por intermedio de su representante legal presentó ante el Director General Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, “revocatoria directa – concurso de méritos N° 8000039 de 2008” (fls 10 a 15, cdno. 2).

2.5. Análisis de la deslealtad de los actos imputados a la parte demandada:

2.5.1. Actos de descrédito, engaño, violación de normas y violación a la prohibición general (arts. 12º, 11º, 18º y 7º ley 256/96), denunciados en el escrito de la demanda:

Las pretensiones de la demanda en este proceso no están llamadas a prosperar, pues las pruebas obrantes en el expediente no son suficientes para demostrar la comisión de actos de competencia desleal por parte de las accionadas.

Sentencia N° 4158 de 2012

En cuanto al acto desleal de **descrédito** demandado, según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal, para que la conducta de un empresario pueda considerarse como “de descrédito” de las prestaciones o actividad empresarial de un competidor, debe realizarse la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas e impertinentes y que resulten aptas objetivamente para perjudicar el prestigio o buen nombre del competidor en el mercado¹, razón por la cual en el ejercicio comercial no está vedada la posibilidad de que un comerciante haga afirmaciones públicas respecto de un competidor, empero, ellas están proscritas cuando sean falsas, incorrectas, incompletas o imprecisas, pues de no ser así, se obtendrían ventajas competitivas en el mercado bajo mecanismos poco transparentes.

Ciertamente, de acuerdo a lo expuesto en el escrito de demanda, *“tanto en la grabación como en la comunicación de fecha 15 de mayo de 2009 se **desacreditó públicamente** por parte de los integrantes del CONSORCIO OPERADOR AEROPORTUARIO a los miembros del CONSORCIO INTERVENTORÍA AEROPUERTO CAPITAL, al mencionar que la certificación que aportó este último para acreditar la experiencia del ingeniero MIGUEL NULE VELILLA quien hace parte del equipo de trabajo, era falsa y que no correspondía a la realidad, **induciendo de esa manera en error** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL quien investigó tales acusaciones, pero finalmente terminó adjudicando el contrato a CONSORCIO OPERADOR AEROPORTUARIO”*. Igualmente en la demanda se expresó *“Como consecuencia de las afirmaciones falsas expresadas por los miembros del CONSORCIO OPERADOR AEROPORTUARIO acerca de la certificación presentada por el CONSORCIO INTERVENTORÍA AEROPUERTO CAPITAL, **varió la calificación efectuada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL en el concurso y se generaron serios perjuicios a mis representados**”* (se subraya).

Es decir que la actora fundamentó sus pretensiones en el supuesto descrédito en que incurrieron las accionadas con ocasión de las afirmaciones realizadas en la audiencia pública y en la carta enviada al Comité de Evaluación Concurso 8000039 de 2008 de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil por parte de Incoplán, las que según su alegación tuvieron como resultado o como efecto la variación en la calificación efectuada por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, sobre lo que vale anotar, que el planteamiento de la demanda en relación con este acto se hizo bajo la modalidad de efecto contemplada en el artículo 12 de la ley 256 de 1996 pues a la conducta imputada al demandado se le atribuyó una consecuencia concreta que se materializó en la no adjudicación del contrato.

Sobre la base de lo anterior encuentra el Despacho que olvidaron las accionantes demostrar el nexo causal entre la afirmación pública de la pasiva y el efecto alegado como consecuencia de las mismas, esto en razón a que, pese a existir prueba de dichas aseveraciones y de que, según lo aceptaron las accionadas, el concurso fue adjudicado al Consorcio Operador Aeroportuario –conformado por ellas-, ninguna prueba da cuenta de que la no adjudicación del mismo a las actoras haya sido consecuencia de las afirmaciones públicas a las que se ha venido haciendo mención, a lo que cabe agregar que bien podrían haber sido otras las razones para la no adjudicación y que el cumplimiento de los requisitos del pliego de condiciones no implica *per se* la adjudicación del contrato y, en esa medida, era insoslayable demostrar que el presunto acto de descrédito imputado tuvo el efecto alegado en la demanda.

¹ Resolución 32749 de 2004. Exp. 02020504

Sentencia N° 4158 de 2012

Se concluye de lo anterior, que en el presente caso no se configuró el comportamiento desleal de *descrédito*, puesto que a pesar de que se demostró que Incoplán, así como el representante del Consorcio Operador Aeroportuario -conformado por las aquí accionadas- hicieron afirmaciones relacionadas con un posible contenido falso en las certificaciones expedidas por Alexander de Bedout Nule a favor de Miguel Nule, a través de las cuales se pretendía acreditar su experiencia, lo cierto es que no se demostró que estas afirmaciones hayan causado el efecto desacreditante alegado por la actora, aspecto que no varía con ocasión de la sanción impuesta a las demandadas en el auto 440 de 28 de febrero de 2011 (fl. 227 a 229, cdno. 4) pues en todo caso las razones que motivaron la decisión de no adjudicación a las demandantes no es un hecho susceptible de ser confesado por la pasiva.

En lo que respecta al acto de **engaño**, conforme al artículo 11 ley de Competencia desleal “(...) *se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.*”

De acuerdo a lo anterior, para que la conducta desplegada por un empresario pueda considerarse como engañosa, resulta necesario que pueda inducir en error a los consumidores o que genere falsas expectativas en los destinatarios², es decir, se requiere la potencialidad por parte de su autor de que su comportamiento inductivo provoca una reacción entre los consumidores con base en información que no corresponda a la verdad. Adicionalmente se requiere que se realice la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas que resulten aptas para incidir, aunque sea de manera potencial, en la conducta de quienes son los destinatarios de la información emitida.

Este comportamiento desleal tampoco se configuró en el presente caso, pues ninguna prueba en el expediente da cuenta de que con ocasión de las afirmaciones de las demandadas se haya inducido a engaño a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Ciertamente, el demandante fundamentó sus afirmaciones sobre la base de que se indujo a error –es decir, le atribuyó un efecto al comportamiento denunciado- a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil con ocasión de las afirmaciones de las demandadas, por lo que según su propio dicho **la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil descalificó al Consorcio Interventoría Aeropuerto Capital del concurso de méritos**, aspectos fácticos que de ninguna manera se acreditaron, pues ningún medio de prueba da cuenta de que tales afirmaciones hayan sido la causa determinante para la descalificación del concurso del que fue víctima el consorcio integrado por las actoras, que bien podrían haber sido otras y no necesariamente la alegada, aspecto de imprescindible demostración en este caso teniendo en cuenta que el demandante le imputó un *efecto* a las afirmaciones de las accionadas y a pesar de ello no demostró un nexo de causalidad entre dicha consecuencia y el comportamiento de la pasiva.

Por otra parte, tampoco se puede afirmar que por las circunstancias en que tuvieron lugar las afirmaciones -que fueron la causa principal de esta litis- hayan sido susceptibles de inducir a error a la Unidad Administrativa Especial de Aeronautica Civil, pues siendo este un

² Barona Vilar Silvia. Competencia Desleal, doctrina legislación y jurisprudencia. Tomo I. Tirant lo Blanch. Pág. 390.

Sentencia N° 4158 de 2012

organismo profesional que buscaba seleccionar al adjudicatario-interventor para celebrar el contrato cuyo objeto consistía en la interventoría operativa, ambiental y de mantenimiento para la concesión de la administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización y expansión del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., no podía verse inducido en error con las solas afirmaciones de las demandadas, máxime si tienen lugar en el marco de un concurso de méritos que se lleva a cabo mediante procedimientos especiales consagrados en la ley y en el que dada la magnitud del objeto a contratar y el interés público que existe de por medio, se debe tener especial grado de atención, aspecto al que se debe agregar que la administración tenía acceso al documento que permitía valorar la veracidad o falsedad de la actuación, razones suficientes para no acceder a la pretensión relacionada con este acto.

En lo que tiene que ver con el acto de **violación de normas** denunciado, el cargo se desestimará, pues no se probaron los elementos necesarios para proceder a declarar la existencia de esta conducta.

Sobre este punto la actora se limitó a decir que existe violación de normas porque *“Los miembros del CONSORCIO OPERADOR AEROPORTUARIO presentaron información inexacta a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL en relación con los sistemas CUTE, FIDS, HBS, BIDS, seguridad de combustibles, seguridad aeroportuaria y servicios comerciales en una terminal de pasajeros, como requisitos esenciales contemplados en los pliegos de condiciones del concurso”*, a lo que añadieron que el mencionado consorcio *“violó la prohibición contenida en el párrafo quinto del numeral 3.1.6. de los pliegos de condiciones”*.

Pese a lo anterior, y al margen de la discusión sobre la configuración de este acto con ocasión de la infracción a disposiciones de carácter contractual, lo cierto es que no se demostró el contenido de la norma supuestamente transgredida, haciéndose únicamente mención a uno de los numerales del contrato que supuestamente fue violado por las demandadas, convención sobre la que adicionalmente no se aportó prueba alguna, mucho menos de la transgresión a la misma, ni la ventaja competitiva obtenida por las accionadas con ocasión de esa infracción.

Los mismos señalamientos anteriores pueden hacerse respecto de la supuesta información inexacta presentada relacionada con los sistemas *“CUTE, FIDS, HBS, BIDS, seguridad de combustibles, seguridad aeroportuaria y servicios comerciales en una terminal de pasajeros”* sobre lo que es inexistente toda prueba que sirva para soportar lo dicho.

Finalmente, nada se acreditó en relación con la vulneración de la **cláusula general** de competencia desleal prevista en nuestro ordenamiento en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996, pues ninguna de las pruebas obrantes en el plenario demuestra o lleva a pensar que el comportamiento de las demandadas se haya ejecutado actuando por fuera de los parámetros de la buena fe, contrariando las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial o comercial, aspectos que se hacen imposibles de evaluar en este proceso ante la evidente falencia probatoria.

A lo anterior cabe agregar que la cláusula mencionada 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 8° a 19 de la citada Ley 256, razón por la que la evocación de la misma no resulta viable cuando los tipos alegados no se configuraron por ausencia de prueba, por estas razones tampoco es posible acoger las pretensiones con base en la comentada cláusula general.

Sentencia N° 4158 de 2012

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

- 1. Desestimar** las pretensiones de **Paragon Project Resources Inc., Richard G. Paddock y HMM S.A.** en virtud de lo consignado en la parte motiva de esta providencia.
- 2. Condenar** en costas a la parte demandante

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ

Sentencia para cuaderno 6