



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

Bogotá D.C., 31 JUL 2012

Sentencia No. 4229

Expediente: 09 129815

Demandante: Ivesur Colombia- Tolima S.A.

Demandada: Autogases de Colombia S.A.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Ivesur Colombia-Tolima S.A. (en adelante: Ivesur) contra Autogases de Colombia S.A. (en adelante: Autogases), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1. Los hechos de la demanda:

El 9 de octubre de 2008 los centros de diagnóstico automotor Ivesur y Autogases fueron objeto de auditoría semestral por parte del Icontec, entidad encargada de otorgar el certificado de conformidad exigido para su funcionamiento, acorde con las facultades otorgadas a este por parte del Ministerio de Transporte. Para tal efecto, los ingenieros Juan Esteiner Carvajal y Mario Rey, respectivamente, fueron los funcionarios encargados de la supervisión de reglamentos para la obtención de certificados de instalaciones y montajes industriales en la zona regional centro sur oriente. La actora precisó que, con el fin de efectuar la respectiva auditoría, la empresa beneficiaria debe cubrir con los gastos de desplazamiento, manutención y alimentación del auditor escogido, en concordancia con lo establecido en el reglamento de Icontec.

En virtud de lo anterior, Ivesur pagó los gastos mencionados anteriormente al señor Jorge Esteiner Carvajal -auditor designado-.

Respecto de la auditoría adelantada al centro de diagnóstico automotor Autogases, el Ingeniero Mario Rey -auditor designado- encontró tres inconformidades, entre las que se encontraba la consistente en que en el lugar designado para el funcionamiento del centro de diagnóstico automotor también funcionaba un taller de conversión de vehículos a gas, razón por la cual se realizó el respectivo informe por parte de Icontec y se suspendió el certificado de conformidad.

Así mismo, se efectuó por parte de la demandada la publicación de un artículo cuyo encabezado refería "Autogases denuncia complot de diagnosticentros en Ibagué" en el periódico regional "Nuevo día" del 04 de febrero de 2009, edición 5774, sección Ibagué, página 3ª, apartado que menciona, entre otras cosas, que "funcionarios de Icontec encargados de efectuar la auditoría regular al desempeño de su negocio, el 9 de octubre de 2008, fueron pagados por el centro de diagnóstico Ivesur de Ibagué, afirmación que se argumenta con un certificado expedido por Hotel Casa Morales, donde se da fe de un desembolso por 180 mil pesos de Ivesur por concepto de hospedaje para los dos servidores", del mismo modo, el artículo añadió que la demandada ha sido sujeto pasivo de procedimientos irregulares y violaciones al debido proceso por parte del Icontec y del Ministerio de Transporte respecto de la obtención del Certificado de Conformidad.

Como consecuencia del escrito divulgado, Ivesur envió una comunicación al representante legal de Autogases con el fin de que rectificara la información publicada mediante el mismo medio, aclarándole que el pago realizado por la demandante fue con ocasión del hospedaje del Ingeniero Juan E. Carvajal y que este se efectuó directamente al Hotel Casa Morales y no al auditor asignado, contestando el señor Carlos Ossa que tenía certeza sobre la información propagada.

Tras averiguaciones por parte del señor Carlos Ossa, representante legal de la sociedad demandada, se descubrió que los viáticos del auditor de la demandada habían sido presuntamente sufragados por la sociedad Ivesur, por lo cual solicitó a Icontec que se declarara impedido como entidad o, en su defecto, hiciera lo propio con el Ingeniero Mario Rey como auditor designado, toda vez que los gastos de hospedaje fueron costeados por Ivesur, lo cual considera que *"permite inferir que Icontec está haciendo un "mandado" a la competencia, que cuadró las auditorías con precisas instrucciones de sacar del mercado a la competencia, en un acto de apariencia legal, pero torcido en sus intenciones y revestido de ilegitimidad"*.

Posteriormente, ante las afirmaciones efectuadas respecto a las entidades Icontec y Ministerio de Transporte, la Subdirectora de Tránsito del Ministerio de Transporte manifestó, a través del mismo medio de comunicación, que la notificación del oficio mediante el cual se le informaba a la demandada sobre la suspensión del certificado de conformidad se efectuó en debida forma y que, no obstante la suspensión ordenada por dicha entidad, continuaba prestando los servicios correspondientes a los centros de diagnóstico automotor, circunstancia que se acreditó mediante el certificado de conformidad N° 2291234 del 7 de enero de 2009 y de la cual da cuenta la página web de Ministerio de Transporte www.mintransporte.gov.co en el link *"consulta en línea"* - *"consulta certificado de la Revisión Técnico- Mecánica y de gases"*.

Posteriormente, en fecha 19 de febrero de 2003, el señor Ossa nuevamente realizó declaraciones en el noticiero radial RCN Radiosucesos, en las que insistió reiteradamente sobre el pago efectuado por Ivesur al ingeniero Mario Rey y estableció el nexo causal entre dicho pago y la suspensión de su certificado de conformidad. Además, agregó que la suspensión impuesta a la sociedad de la cual es representante ya había sido levantada, por lo tanto, ya contaba con el certificado de conformidad para su funcionamiento - situación contraria a la realidad toda vez que el Ministerio de Transporte efectuó el levantamiento hasta el 13 de abril de 2009- y envió comunicación a la Junta Directiva de la Asociación Nacional de Centros de Diagnóstico Automotor efectuando manifestaciones referidas al mismo hecho.

En razón de lo anterior, Ivesur, en calidad de demandante, solicitó que se declare que Autogases incurrió en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7, 11, 12 y 18 consagrados en la ley de competencia desleal 256 de 1996.

1.2. Pretensiones:

La parte demandante, en ejercicio de la acción declarativa y de condena, solicitó que se declare que Autogases incurrió en los actos de competencia desleal mencionados. Consecuencialmente, que se le ordene el cese inmediato de las conductas denunciadas y abstenerse de incurrir en la realización de estas nuevamente; del mismo modo, que se rectifique a través de un periódico y radio de amplia circulación nacional que la sociedad

Ivesur no interfirió de manera alguna en la decisión de la suspensión del certificado de conformidad del centro de diagnóstico automotor Autogases en el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2008 y el 13 de abril de 2009, así como que la accionante no efectuó el pago por alojamiento y manutención del ingeniero Mario Rey con ocasión de la auditoría de seguimiento realizada a la demandada el día 9 de octubre de 2008. Finalmente, pidió que se condene a Autogases a indemnizar los perjuicios causados, estimados en la suma de \$300.000.000.

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante auto No. 1920 de 2009 se admitió la demanda de competencia desleal (fl. 69, cdno. 2) y se surtió en debida forma la notificación del auto admisorio de la misma. La accionada contestó la demanda en tiempo (fls. 133 a 151, cdno. 2) manifestando que un competidor directo suyo fue quien cubrió los gastos correspondientes a viáticos y representación del auditor que efectuó la revisión de seguimiento, por lo cual Autogases solicitó a Icontec que este se declarara impedido o que lo hiciera el individuo quien la realizó, en razón del conflicto de intereses surgido entre el organismo acreditador y el solicitante del servicio, surgido con ocasión de la recepción del dinero en comento.

En razón de lo anterior, presentó reclamaciones ante distintas entidades, dentro de las que se encuentran la Superintendencia de Industria y Comercio y el Ministerio de Transporte, obteniendo como respuesta la falta de competencia, para lo cual, se recurrió al Procurador Segundo Delegado con el fin de obtener una pronta solución al conflicto negativo de competencia.

Así mismo, declaró la demandada que en razón de la demanda de competencia desleal que se encuentra en curso, interpuesta por Autogases contra Icontec, esta tiene razones suficientes para perjudicar a la demandada en razón a un "tufillo de venganza" (fl. 135, cdno. 2).

Así mismo, añadió la demandada que el Ministerio no notificó a Autogases de ninguna decisión sancionatoria según lo dispuesto en los artículos 44, 45, 47 y 48 del Código Contencioso Administrativo, pues se remitió oficio con fecha 16 de diciembre de 2008 ordenando la suspensión de actividades, el cual fue enviado vía fax por un particular competidor -otro centro de diagnóstico- y no fue producto de un proceso administrativo realizado por parte de la autoridad competente tendiente a suspender la resolución de habilitación del centro de diagnóstico automotor, del mismo modo, no le fueron señalados los recursos en vía gubernativa y puso en ejecución instantánea la medida sancionatoria. Como respuesta a lo anterior, Autogases interpuso acción de reparación directa ante el Juez Primero Administrativo de Ibagué.

Sumado a lo anterior, alegó la demandada respecto de la manifestación hecha en el periódico "Nuevo Día" de fecha 04 de febrero de 2009, que esta fue una respuesta en razón a la publicación de fecha 29 de enero del mismo año en la que se divulgó un artículo cuyo titular era "AUTOGASES CON SUSPENSIÓN A COSTAS", así mismo, añadió que Ivesur entregó copia del artículo en comento a los clientes que visitaron su centro de diagnóstico automotor.

Finalmente, afirmó que la certificación que se encontraba suspendida a Autogases fue la de conformidad, toda vez que la suspensión de la habilitación no se ha presentado nunca.

La pasiva propuso como excepciones de mérito la veracidad de las afirmaciones hechas sobre la demandante, la inexistencia del acto de competencia desleal y la existencia de prejudicialidad.

Autogases, mediante escrito de 23 de diciembre de 2009, presentó demanda de reconvencción (fls. 54 a 69, cdno. 5), libelo que fue rechazado de plano mediante auto 341 de 5 de marzo de 2010 (fl. 94, cdno. 5), toda vez que el demandante en reconvencción no subsanó dentro del término legal los defectos formales que le fueron señalados mediante auto N° 131 del 29 de enero de 2010.

Vencido el término probatorio, a través de auto No.18625 de 04 de julio de 2010, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión (fl. 180, cdno. 23), oportunidad en la que el extremo demandante y el demandado reiteraron los argumentos puestos en la demanda y en su contestación (fls. 181 a 195 y fls. 196 a 208, cdno. 23).

2. CONSIDERACIONES

Evacuadas debidamente 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. Hechos probados relevantes para el caso:

2.1.1. Los Ingenieros Juan Esteiner Carvajal y Mario Rey fueron los auditores designados por Icontec para el otorgamiento del certificado de conformidad a las sociedades Ivesur y Autogases, respectivamente, para lo cual, en razón a la optimización del tiempo y la eficiencia por parte de los auditores, se programaron en la misma fecha todas las revisiones a efectuar en la ciudad de Ibagué, lo cual emana de la declaración del Ingeniero Carvajal (fl. 35, cdno 6, min. 17:37).

2.1.2. Tras la realización de la auditoría el día 9 de octubre de 2008 se encontraron 3 no conformidades (fls. 12 a 18, cdno. 2): "a) Estudio de tráfico, b) Anulación de un certificado de revisión técnico mecánico y c) Montaje de un centro de conversión a gas natural, en las instalaciones del centro de diagnóstico", circunstancia acreditaba mediante las declaraciones del ingeniero Mario Rey (fl. 80, cdno. 8, minuto 21:00).

2.1.3. Una de las no conformidades mencionadas en el hecho 2.1.2 se solucionó, pero para las restantes las acciones correctivas presentadas no fueron las adecuadas. De hecho, en cuanto al funcionamiento del centro de diagnóstico automotor simultáneamente con el centro de conversión de vehículos a gas, dado que seguía constituyendo una inconformidad, la cual dentro del sistema de auditorías de inspección de instalaciones y montajes, daba lugar a la suspensión del certificado, se presentó el respectivo informe por parte del auditor designado (fl. 80, cdno 8, min. 23:10 y 33:31).

2.1.4. Los señores Mario Rey y Juan Esteiner Carvajal se hospedaron los días 9 y 10 de octubre de 2008, en la habitación doble 607, del Hotel Casa Morales, con el registro 34814, para lo cual se generó la factura N° IB16418 a nombre de Ivesur Colombia S.A. por valor de \$180.000 con ocasión de los dos huéspedes. Esta circunstancia se encuentra corroborada mediante el documento expedido por el Hotel Internacional Casa Morales obrante en el expediente (fl. 11, cdno. 2), del cual emana que Ivesur efectuó el pago del

hospedaje de Juan Carvajal, por un valor de ciento ochenta mil pesos (\$180.000), aspecto acreditado con el certificado emitido por el hotel en comento (fl. 8 y 9, cdno. 2).

2.1.5. El procedimiento para el pago de los viáticos del auditor cuando la empresa beneficiaria se encuentra fuera de la ciudad de Bogotá es de carga del auditado, según declaración rendida por el señor Juan Esteiner Carvajal, en la que manifestó que *"lo que está pactado y lo que está dentro del reglamento y procedimiento de Icontec es que cuando es por fuera de Bogotá, los clientes son quienes tiene que asumir los gastos de manutención, hotel, transporte"* (fl. 35, cdno. 6, min. 6:15).

Aunado a lo anterior, agregó *"Es normal que un auditor vaya sin que se le hayan dado los viáticos, se debe cuadrar agenda y que no se retrasen los servicios de otra empresa. A veces los viáticos se dan después o se los paga Icontec, quien también puede pagarle al auditor. Según la carta el Centro de Diagnóstico Automotor Autogases le pagaba"* (fl. 35, cdno. 6, min. 32:32).

2.1.6. El Ingeniero Mario Rey no exigió el pago de sus viáticos toda vez que Autogases ya había efectuado acuerdo previo con su coordinador en el que se había acordado que estos se pagarían en la ciudad de Ibagué, circunstancia que nunca se llevó a cabo por parte de la demandada. Esto se encuentra acreditado mediante la declaración rendida por el auditor designado de Autogases, quien manifestó *"no requerí los viáticos, esto ya lo había hablado verbalmente el coordinador de la regional con el señor Ossa de que me hacían pago en la auditoría por lo cual no tenía por qué recordarle, no le ví la actitud ni la intención de efectuar el pago"* (fl. 8, cdno. 80, min. 41:12).

2.1.7. Los Ingenieros Mario Rey y Juan Esteiner Carvajal se hospedaron juntos en razón a que Autogases no pagó los viáticos correspondientes a su auditoría y el auditor no contaba con capacidad para sufragar su hospedaje, por lo cual recurrió a su coordinador. Lo anterior emana de las declaraciones rendidas por estos:

Juan Esteiner Carvajal afirmó: *"Él me llamó más tarde, pues ahí en el momento me dijo no me han pagado los viáticos acá, no me han pagado lo del hotel, nada y no tenía plata, entonces yo le dije pues hermano si no tiene planta venga, venga y se queda acá conmigo acá miramos a ver qué hacemos... el hotel donde yo estaba tenía tres camas, entonces le dije quédese acá"*.

Mario Rey agregó: *"Fui el auditor asignado mediante carta, la auditoría inició aproximadamente a las ocho-nueve de la mañana, el tiempo estipulado para un Centro de Diagnóstico Automotor es un día y terminó aproximadamente a las 9 o 9:30 de la noche. De los viáticos no hubo pago por parte del auditado antes de salir de la auditoría, yo viaje con el coordinador Juan Carvajal, hasta ahí el transporte fue de mi bolsillo con la condición de que ellos hacían el pago en Ibagué. Terminando la auditoría hubo tres hallazgos, no conformidades, no ví la actitud del auditado y de acuerdo a los resultados no ví la actitud de ellos para hacer el pago de los viáticos y procedí a salir de las instalaciones del centro de diagnóstico, tomé un taxi, llamé a Juan Esteiner Carvajal, le comenté el caso, que no había actitud para pago de viáticos pactados, entonces él dijo veámonos en tal y le solucionó ese tema, estaba ubicado en un hotel, él dijo hospédese en el hotel conmigo y miramos cómo hacemos que se cancelen los viáticos"* (fl. 80, cdno. 8, min. 13:38).

2.1.8. Ivesur no tuvo conocimiento alguno respecto de la estadía del Ingeniero Mario Rey junto con el auditor designado para efectuar su auditoría -Juan Esteiner Carvajal-, como se desprende de la declaración rendida por el primero:

"Ivesur no tuvo ninguna incidencia, fue de Juan solo, él era mi jefe en ese momento y me dio esa solución y no ví ningún problema porque necesitaba solucionar el tema de hospedaje cubrí transporte, pero no podía cubrir hospedaje, y ya había terminado auditoría y buscar hospedaje rápido porque tenía otro servicio" (fl. 80, cdno. 8, min. 18:36).

No señor, en ningún momento el Grupo Ivesur me pagó a mi ningún tipo de viáticos" (fl. 80, cdno. 8, min. 31:45)

2.1.9. Autogases, quien creyó que existió un nexo causal entre el pago de los viáticos de su auditor por parte de Ivesur y la suspensión de su certificado de conformidad, gestionó la publicación del artículo titulado **"Autogases denuncia complot de diagnosticentros de Ibagué"** publicado por Autogases el 4 de febrero de 2009 en el periódico "Nuevo día" en la ciudad de Ibagué, en el que se hace referencia expresa a la sociedad demandante Ivesur, en los siguientes términos: *"Autogases narró cómo los funcionarios de Icontec encargados de efectuar la auditoría regular al desempeño de su negocio, el 9 de octubre de 2008, fueron pagados por Ivesur Ibagué, afirmación que se argumenta con un certificado expedido por el hotel Casa Morales, donde se da fe de un desembolso por 180 mil pesos de Ivesur por concepto de hospedaje para los dos servidores"*. Esta afirmación, aunada con el contexto en el que fue redactado el artículo, según el cual los hechos se desarrollaron en el marco de una "guerra sucia" desatada por los propietarios de algunos centros de Diagnóstico Automotor en la ciudad de Ibagué, sugirió que Ivesur tramitó la suspensión del certificado de conformidad de Autogases.

2.1.10. Así mismo, mediante declaraciones también emitidas en el noticiero Radiosucesos el día 19 de febrero de 2009, fecha en la cual, exteriorizó la relación de causalidad existente entre la suspensión del certificado de conformidad y el pago del hospedaje al señor Mario Rey por parte de Ivesur, el representante legal de Autogases afirmó: *"en el primer evento usted nota lo que se ha dado es una serie de hechos bastante irregulares donde se comprometió de alguna manera también el propio Ministerio de Transporte y a centros de diagnóstico de la ciudad, donde de manera soterrada (...) una serie de circunstancias tendientes a causarnos un perjuicio, de hecho, uno de los auditores que en su momento llegó a la empresa para practicar una auditoría semestral, fue pagado justamente por la empresa Ivesur que tiene sede en la ciudad de Ibagué, una competencia directa, donde a pesar de haber expresado al auditor que en el concurría un conflicto de intereses por haber recibido dineros de parte de un tercero ajeno a un proceso de auditoría, sin embargo, no se declara impedido y por el contrario de manera precipitada entra a producir el informe tendiente a suspender la certificación, circunstancia que afortunadamente después de haber presentado las reclamaciones justas y los recursos pertinentes se reversionó completamente. En este momento se restableció adicionalmente por parte del Icontec el certificado como tal y adicionalmente con el "Bureau Veritas" estamos recibiendo muy honradamente."*

Algunos competidores por incapacidad de hacerlo desde el punto de vista de la prestación del servicio, desde el punto de vista de la calidad de la atención al usuario buscan otros métodos ortodoxos por supuesto ilegales en los que hay una serie de investigaciones que cursan tanto en la Superintendencia de Industria y Comercio, como en el propio Ministerio

de Transporte buscando justamente castigar a quienes propiciaron todas estas actuaciones irregulares, que entre otras cosas por supuesto siempre tienden a hacer daño" (fl. 35, cdno. 2, min. 2:06 a 5:10).

Según la declaración del señor Carlos Ossa, el artículo del periódico fue con ocasión de "varios indicios: el comportamiento del funcionario, de ahí se averiguó porque el auditado siempre paga como prenda de garantía dice el organismo de certificación de que va a haber imparcialidad absoluta sobre el examen a realizar". (fl. 28, cdno. 6, min. 39:20)

2.1.11. Autogases envió a la junta directiva de ASO-CDA comunicación en la que expresa: "SIN EMBARGO TODO TIENE SU RAZÓN DE SER: a posteriori de la auditoría nos dimos cuenta que los viáticos y gastos de viaje de la visita para la auditoría del 09 de octubre de 2008, los pagó la empresa Ivesur Colombia según consta en certificación expedida por el Hotel Casa Morales de Ibagué".

"De suerte, señores miembros de la junta directiva de la asociación, que no hay ni interdicto administrativo, ni deslealtad, ni falta al decoro o a la ética, como sí seguramente estos calificativos podrían caerle bien a uno de los miembros de la junta directiva (y por la carta creo a los directivos también) que propicia actos indecorosos (reconocer gastos de hospedaje a un funcionario que audita a la competencia). En derecho público estos comportamientos además de indecorosos pueden tipificar el delito de cohecho".

"Perfectamente saben que Ivesur de manera irresponsable disminuyó precios en más de un 50%. Y no fue por culpa nuestra. La respuesta al llamado que les hice para conocer el motivo de esa decisión fue "que otro centro de diagnóstico paga por cada revisión que le lleven los tramitadores hasta \$20.000. Y que la orden de España, era bajar los precios como castigo" (fls. 36 a 42, cdno. 2).

2.1.12. Así mismo queda de manifiesto que la intención del representante legal de Autogases, el señor Carlos Ossa, era que las comunicaciones enviadas a la Asociación Nacional de Centros de Diagnóstico Automotor fueran expuestas públicamente a los miembros de la junta directiva, como se desprende de la lectura de la respuesta a las comunicaciones electrónicas enviadas en fechas 12 de marzo y 13 de abril de 2009 (fl. 115, cdno. 2) y de las declaraciones efectuadas por el señor Víctor Gonzalo Corredor Sanabria (fl. 66, cdno. 6 min. 19:10), según la cual las "personas a las que iban dirigidas las manifestaciones, se le hicieron llegar a la asociación para que se dieran a conocer a nivel nacional, tuvieron conocimiento todos los asociados, fue discutido en junta directiva."

2.1.13. Finalmente, Autogases interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, lo cual quedó de manifiesto en la misma comunicación enviada a la junta directiva en la que dispone, entre otras cosas, "Autogases radicó ante ICONTEC el día 11 de diciembre un recurso de apelación contra la decisión de suspender el certificado de conformidad, resolviendo con fecha 6 de enero de 2009 el recurso de reposición y apelación en un solo documento, oficio notificado a mi representada el día 23 de enero de 2009. Confirmando la suspensión (en 5 renglones y por un comité secreto) y manifestando respecto del conflicto de interés que no acepta la recusación y que tiene pruebas para ello, pero que estas son confidenciales. (secretas)" (fls. 36 a 42, cdno. 2). Debe precisarse que, ante la ausencia de otra prueba, se impone concluir que el momento en que Autogases conoció la suspensión de su certificado de conformidad fue el 11 de diciembre de 2008.

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

En el presente asunto el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se verifica en razón a que la divulgación de afirmaciones desacreditantes y la prestación de un servicio sin atender los requisitos de acceso, constituyen una conducta idónea para incrementar la participación de quien la ejecuta en el mercado. Respecto de los ámbitos subjetivo y territorial, en este caso está demostrado que las partes matienen una relación de competencia en el mercado referido en el párrafo anterior, debiéndose indicar que los centros de Diagnóstico Automotor que acá interesan son los ubicados en la ciudad de Ibagué.

2.3. Legitimación de las partes (arts. 21 y 22, L. 256/96):

Legitimación activa: de las pruebas practicadas se desprende que Ivesur participa en el mercado de los Centros de Diagnóstico Automotor en la ciudad de Ibagué, aspecto al que se debe agregar que, de acreditarse el sustrato fáctico de la demanda, habría de concluirse que la conducta imputada a la accionada es idónea para afectar los intereses económicos de la actora, pues aquella sociedad habría difundido aseveraciones cuyo objeto o efecto correspondió a desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de la demandante, además que habría prestado el servicio que interesa en este caso sin contar con un requisito de acceso.

Legitimación pasiva: Autogases está legitimada para soportar la acción en referencia ya que, mediante el sustento probatorio obrante en el expediente, se demostró que participa en el mercado de los Centros de Diagnóstico Automotor de la Ciudad de Ibagué y que efectuó manifestaciones en periódicos y emisoras de amplia circulación nacional respecto de la sociedad Ivesur.

2.4. Problema jurídico:

El problema jurídico que ofrece este asunto se centra en determinar si las manifestaciones efectuadas por Autogases en contra de Ivesur se enmarcan dentro del acto de descrédito a pesar de la certificación emitida por el Hotel Casa Morales declarando que efectivamente los señores Mario Rey y Juan Esteiner se habían hospedado en la misma habitación y el pago había sido asumido por la demandante, así como establecer si Autogases incurrió en el acto de violación de normas al prestar un servicio que se encontraba suspendido mediante oficio emitido por el Icontec que según el demandado no contaba con las propiedades inherentes a un acto administrativo y que no fue notificado según lo dispone el Código Contencioso Administrativo.

2.5. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales denunciados por la demandante:

2.5.1. Actos de descrédito (art. 12°, L. 256/96):

El artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal refiere que "se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes".

Según lo dispuesto en la norma transcrita, para que la conducta de un empresario pueda considerarse como desacreditadora de las prestaciones o actividad empresarial de un competidor, es preciso que se lleve a cabo la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas o impertinentes y que resulten aptas, objetivamente, para perjudicar el prestigio o buen nombre de otro agente en el mercado¹.

A su vez, es necesario que las actuaciones de descrédito, independientemente del medio de difusión que se utilice para tal fin, sean públicas, esto es, que se dirijan a determinadas personas, se realicen en el seno de un determinado colectivo o vayan dirigidas al público en general².

Por lo tanto, constituyen actos de descrédito las manifestaciones inexactas, impertinentes o falsas, que cuenten con la potencialidad de afectar el prestigio o buen nombre de otro agente en el mercado.

En relación con lo anterior, debe precisarse, con fundamento en la doctrina especializada, que *"la exactitud exige que la información difundida se corresponda con la realidad de las cosas, la veracidad requiere que en todo caso provoque una representación fiel de dicha realidad (SAP Barcelona de 27 mayo 2005 [AG 2005, 1034] FJ 4). Por último, son pertinentes aquellas manifestaciones que en consideración a la naturaleza y características de las actividades, prestaciones, establecimientos promocionados y a las particularidades del círculo de destinatarios de las manifestaciones, resultan adecuadas e idóneas para permitir la formación de sus preferencias y la adopción de decisiones conforme al principio de competencia por méritos (basada en la eficiencia de las propias prestaciones). En sentido contrario, las manifestaciones no son pertinentes si se refieren a extremos que no son relevantes para la toma de decisiones en el mercado, o si no están justificadas o son desproporcionadas (SAP Barcelona de 14 de enero 2003 [JUR 2004, 14172] FJ 5)*³.

Aunado a lo anterior, cuando se entra al análisis de las conductas que presuntamente constituyen actos de descrédito, estas deben analizarse de manera completa y no fragmentada, lo que impone concluir que puede presentarse el caso en que del total de las declaraciones emitidas por el agente, ciertos fragmentos sean verídicos y aun así no constituir una *"exceptio veritatis"* -a no ser que el mensaje en conjunto sea exacto, verdadero y pertinente-.

Debe tenerse de presente que el análisis de este caso requiere partir de la base de lo señalado en el numeral 2.1.5. de esta providencia, pues el certificado expedido por el Hotel Casa Morales es prueba fehaciente para este Despacho de que efectivamente los ingenieros Juan Esteiner Carvajal y Mario Rey se hospedaron en la misma habitación y que esta fue sufragada por Ivesur. Sin embargo, el acto de competencia desleal de descrédito contemplado en la Ley 256 de 1996 es mucho más amplio, pues por la simple razón de que el hecho generador, recién señalado, sea cierto, no quiere decir que las consecuencias generadas por este no sean objeto de protección por esta Ley.

¹ Resolución 32749 de 2004. Exp. 02020504, en igual sentido Sentencias 11, 12 y 13 de 2011 Superintendencia de Industria y Comercio.

² Barona Vilar Silvia. Competencia Desleal, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. Tirant lo Blanch. Pág. 438.

³ Ley de competencia desleal. Rafael García Pérez. Editorial Thomson Arazandi. Pág. 227

Frente a los hechos probados anteriormente, los cuales se encuentran dotados de veracidad, deben hacerse las siguientes salvedades con el fin de determinar si no obstante a que el hecho ya resaltado sea verdadero, el mensaje en su totalidad es exacto, pertinente y veraz.

En el caso en comento, el demandado no manifestó que el hospedaje del Ingeniero Mario Rey había sido pagado por Ivesur simplemente, sino efectuó dichas declaraciones en un contexto de deslealtad, de corrupción en la entidad certificadora, de pago de incentivos para el no otorgamiento del certificado de conformidad exigido para el funcionamiento de los centros de diagnóstico automotor, el uso de medios desleales por parte de Ivesur como único medio con el que cuenta para competir con el servicio prestado por Autogases, expresiones todas que no obstante ser generadas por un hecho real, fueron acompañadas no por elementos que no cuentan con las características de exactitud y pertinencia, máxime cuando quedó acreditado en el proceso que el único hecho verídico es imputable a la conducta de Autogases quien no efectuó el pago de los viáticos a los que estaba obligada, pues era esta quien en su calidad de beneficiaria de la auditoría efectuada tenía la carga obligacional de efectuar el pago, independientemente del resultado de la revisión.

En ese orden de ideas, no era obligación del auditor solicitar el pago de los viáticos como lo intentaba argumentar la demandada, pues ciertamente esta había realizado un acuerdo previo junto con el coordinador, para lo cual el pago de los viáticos se efectuaría en la ciudad de Ibagué, sin que fuera necesario requerimiento previo alguno.

En razón de lo anterior, queda acreditado que la estadía de los dos auditores en la misma habitación y en el mismo hotel, lejos de ser un complot en contra de Autogases, fue un hecho circunstancial presentado con ocasión del no pago de los viáticos por parte de la demandada a su auditor, para lo cual este recurrió a su coordinador en busca de una solución respecto de su hospedaje, pues tal como lo manifestó el Ingeniero Mario Rey en su declaración, no contaba con dinero suficiente para el pago de este, incumpliendo la demandada la obligación a la que se había comprometido previamente al momento de programar la auditoría con la entidad certificadora inscrita al Ministerio de Transporte. Por lo tanto la demandada no se encuentra cobijada por la exceptio veritatis.

No siendo suficiente lo anterior, la accionada se aseguró de que dichas manifestaciones fuera públicas -a nivel nacional-, afectando los intereses económicos de Ivesur y su buen nombre, poniendo en entredicho no solo la calidad de los servicios prestados por esta, sino los medios usados para competir en el mercado -al declarar que el único medio con el que podía competir era el pago de viáticos a auditores del Icontec con el fin de que suspenderían el certificado de conformidad otorgado-.

Por lo tanto, el mensaje difundido por Autogases resultó inexacto, impertinente, falso, público y con la idoneidad de afectar a Ivesur en el mercado en que se desempeña, esto es, el de los centros de diagnóstico automotor de la ciudad de Ibagué.

Finalmente, el argumento de la demandada según el cual la publicación efectuada se realizó como respuesta al artículo publicado por Ivesur, en cuyo encabezado se lee "*Con suspensión a costas, Autogases sigue operando*" (fl. 78, cdno. 2), no es de recibo para éste Despacho, pues independientemente de que dicha comunicación constituya un acto de competencia desleal o no, la demandada no podía responder con un acto contrario a la

Ley, sino ejercer las acciones legales correspondientes en caso de que sus derechos como competidor se hubieran visto lesionados.

2.5.2. Violación de normas (art. 18°, L.256/96):

Frente al acto de violación de normas, la Ley 256 de 1996 dispone: "*se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa*".

Al respecto, debe tenerse en cuenta que a lo largo del proceso Autogases manifestó en reiteradas ocasiones que no acató la suspensión de su certificado de conformidad, en razón a que esta no fue notificada como lo dispone el Código Contencioso Administrativo.

En relación con este aspecto deben dejarse claros varios puntos relevantes:

El primero, que de la declaración del señor Jorge Esteiner Carvajal se desprende que el proceso de otorgamiento del certificado de conformidad por parte de la entidad certificadora ha sido objeto de numerosos cambios desde la época de ocurrencia de los hechos hasta hoy, siendo la encargada de certificar en esa época el Icontec y actualmente la Onac. Por lo tanto, para el periodo de los hechos materia del presente proceso, el Icontec sí contaba con la competencia en calidad de ente certificador para la suspensión del certificado de conformidad, en concordancia con las funciones delegadas por parte del Ministerio de Transporte.

En segundo lugar, el señor Juan Esteiner Carvajal también manifestó en su declaración que, en razón de la naturaleza de los centros de diagnóstico automotor, las decisiones del ente certificador deben ser acatadas inmediatamente una vez proferidas, sin perjuicio de que una vez resueltos los recursos por parte de la autoridad competente la decisión sea otra. Por lo tanto, *prima facie*, las órdenes deben ser cumplidas, lo cual queda corroborado mediante oficio de fecha 3 de diciembre de 2008 de la entidad certificadora Icontec, según la cual "*a partir de la fecha, el centro de diagnóstico automotor no podrá hacer uso del certificado, ni declarar su titularidad por cualquier medio, los derechos de uso se vuelven a adquirir después de una auditoría de reactivación del certificado, la cual debe realizarse antes del 28 de enero de 2009, una vez vencido este plazo se procederá a la cancelación del certificado*" (fl. 138, cdno. 22).

En tercer lugar, y se resalta este punto, independientemente de la concepción e interpretación de los mecanismos de notificación y contenido de las órdenes emanadas por parte del Icontec que tenga el demandado, lo cierto es que este tuvo conocimiento de la suspensión de su certificado de conformidad, pues de lo contrario no habría ejercido las acciones legales correspondientes -reposición y apelación ante el Icontec-. Así mismo, debe resaltarse que el incumplimiento de una orden oficial no es el medio idóneo ante la inconformidad con la decisión emitida, toda vez que el procedimiento a seguir es la interposición de los recursos de ley, los cuales en el presente caso el actor reconoce haber ejercido. Por tanto, el actor faltó al cumplimiento de la orden emitida por la autoridad competente en las condiciones que pasarán a explicarse.

La suspensión impuesta al centro de diagnóstico automotor Autogases fue conocida por esta sociedad, acorde con lo que se explicó con antelación, a partir del 11 de diciembre de

2008, de modo que, de conformidad con lo expuesto por el funcionario de Icontec mencionado, debe concluirse que la demandada no contaba con autorización para desarrollar la actividad mercantil a partir de esa fecha y que, según se tuvo por cierto en el acápite de hechos probados de esta providencia, desatendió esa prohibición desde la señalada calenda hasta el momento en que se levantó la suspensión a su certificado de conformidad.

En todo caso, aunque la circunstancia anterior se tuviera como soporte para considerar que durante el periodo señalado con antelación Autogases actuó en el mercado incumpliendo la normativa aplicable al servicio de diagnóstico automotor, lo cierto es que la conducta desleal contemplada en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 no podría tenerse por verificada en tanto que no se demostró que dicha sociedad hubiera materializado una ventaja competitiva significativa como consecuencia de la señalada violación normativa.

En efecto, ninguna prueba se aportó en este caso que permitiera concluir que Autogases, al haber funcionado sin contar con un certificado de conformidad vigente, hubiera materializado en el entorno del mercado en el que se desenvuelve una ventaja competitiva como, por ejemplo, podría ser una reducción de los precios derivada del ahorro de costos que podría suponer el incumplimiento de los requisitos de la autoridad de certificación. Sobre el particular, es preciso poner de presente que en las comunicaciones que el representante legal de Autogases remitió a ASO-CDA, lejos de advertir una reducción de sus precios, reclamó que sus competidores, en particular Ivesur, hubieran disminuido en un 50% el precio al público del servicio al que se dedican este tipo de centros de diagnóstico automotor.

Puestas de este modo las cosas, se denegará a pretensión fundada en la conducta desleal materia de estudio.

2.5.3. Actos de engaño (arts. 11°, L. 256/96):

El acto desleal de **engaño**, en los términos del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, consiste en la inducción a error respecto del modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos y se proyecta sobre la actividad, prestaciones mercantiles o el establecimiento, lo que constituye la propia prestación. En el caso *sub lite*, corresponde desestimar la pretensión fundada en esta conducta desleal porque ninguna prueba se aportó que permita tener por acreditado que Autogases haya inducido a los clientes del centro de diagnóstico automotor Ivesur a error sobre alguna de las propiedades anteriormente mencionadas, máxime si tampoco se acreditó que haya difundido información que no corresponda a la realidad o hubiera resultado imprecisa respecto de su actividad mercantil o de sus productos. En el presente caso las manifestaciones efectuadas se encontraban centradas al modo de competencia empleado, mas no sobre la calidad de sus productos.

2.5.4. Cláusula general (arts. 7° L. 256/96):

Finalmente, dado que la conducta de Autogases resultó constitutiva de los acto desleal de descrédito, acorde con lo que este Despacho ha dejado establecido reiteradamente, resulta improcedente analizarla a la luz de las previsiones de la cláusula general de competencia desleal.

2.6 Pretensiones indemnizatorias:

Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil, que resulta pertinente en tanto que las normas sobre competencia desleal son entendidas como una especie de aquella⁴, ha precisado el papel principalísimo del daño en la conformación de la estructura de la comentada institución, porque "dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria"⁵.

Sobre el particular, en consonancia con el artículo 177 del C. de P. C. *"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"*⁶, 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"*⁷.

En relación con estos temas, es pertinente precisar que, ante la existencia comprobada de un daño, corresponde al juez adoptar las medidas necesarias para procurar su cuantificación, punto respecto del cual la jurisprudencia ha dejado claro que, en principio, deberá emplear sus facultades oficiosas en materia probatoria y, en aquellos eventos en que ni siquiera aplicando tales herramientas puede conseguir el comentado propósito, deberá, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 446 de 1996 y *"en guarda del espíritu de equidad que ha de atemperar siempre la aplicación judicial del derecho"*, acceder a criterios de equidad *"que le impiden soslayar los derechos de las víctimas"*⁸.

Sobre la base de las anteriores consideraciones de carácter teórico, y de conformidad con lo que se explicó en los numerales anteriores de esta providencia, en este caso se demostró -al menos- la existencia de un daño indemnizable derivado de la conducta desleal declarada de descrédito, pues es evidente que la información difundida por parte de Autogases, ente otras consecuencias perjudiciales, resultó idónea para generar en los consumidores la idea de que, debido a la gran calidad de los servicios de la demandada y a la imposibilidad de enfrentarlos por vías comerciales legítimas, Ivesur decidió emplear técnicas ilegales para eliminar a su competidor, información que obviamente afecta la imagen de la accionante en el mercado, en el que se desenvuelve.

Ahora bien, las pruebas decretadas en este caso fueron insuficientes para establecer de manera fehaciente la cuantía del perjuicio cuya existencia se encontró demostrada, pues

4 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 004 de julio 29 de 2008.

5 Cas. Civ. Sentencia de abril 4 de 2001, exp. 5509.

6 Cas. Civ. Sentencia de julio 27 de 2001, exp. 5860.

7 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de mayo 21 de 1998, exp. 10.479.

8 Cas. Civ. Sentencia de octubre 5 de 2004, exp. 6975. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

el único elemento de prueba disponible sobre el particular, el dictamen pericial realizado e este asunto, carece de valor probatorio alguno, en razón a que las manifestaciones contenidas en este carecen de todo respaldo técnico.

En efecto, en su dictamen el perito se limitó a establecer una definición de *good will* y a enunciar algunos métodos que podrían ser útiles a la hora de determinarlo en el caso de la sociedad demandante y, sin establecer cuál de ellos iba a emplear en su dictamen o los fundamentos que sostuvieron sus conclusiones, simplemente afirmó que "*considera que su valor equivale a la suma de los ingresos dejados de percibir durante 3 meses, periodo donde se alcanza a madurar un negocio según se asume la costumbre en Colombia*" (fl. 169, cdno. 23). En estas condiciones, es claro que de conformidad con los criterios de valoración de la experticia contemplados en el artículo 241 del C. de P. C., corresponde desestimar completamente dicho dictamen, circunstancia que, de contera, implica que ninguna prueba se encuentra en el expediente para acreditar la cuantía de los perjuicios que pudieron generarse a Ivesur:

En consecuencia de lo anterior, es evidente que, por las consideraciones señaladas con antelación, corresponde acudir a criterios de equidad para efectos de establecer la cuantía de la afectación al *good will* de Ivesur, pues ninguna prueba de oficio se aprecia como procedente para determinar, de manera precisa -no el valor de ese bien inmaterial- sino el porcentaje en que se afectó debido a la información difundida por Autogases. En estas condiciones, aplicando parámetros de equidad el Despacho considera que la cuantía del perjuicio generado a Ivesur equivale a la suma de \$30.000.000.

Así las cosas, la indemnización a la que se condenará a Autogases asciende a la suma de **\$30.000.000**, que deberá ser pagada a Ivesur dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Pasado este término, Autogases deberá reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.

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 el artículo 24 del Código General del Proceso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

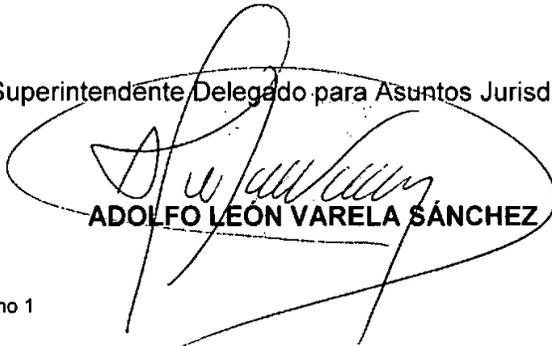
RESUELVE

1. **Declarar** que Autogases de Colombia S.A. incurrió en el acto de competencia desleal de descrédito, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
2. En consecuencia, **condenar** a Autogases de Colombia S.A. a pagar \$30.000.000 a favor de Ivesur dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Pasado este término, la demandada deberá reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.
3. **Denegar** las demás pretensiones formuladas en la demanda.

4. Condenar en costas a la parte demandada. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales



ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ

Sentencia para el cuaderno 1