



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Despacho del Superintendente de Industria y Comercio

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil seis (2006)

Sentencia No. 003

Por la cual se decide un proceso de competencia desleal

Radicación No.03026134
Tecnaire Ltda. Vs Symaa y Cia. Ltda. y otro.

Decide esta Superintendencia el proceso judicial de competencia desleal iniciado por la sociedad Tecnaire Ltda. contra la sociedad Symaa y Cia. Ltda. y el señor Fabio Orlando Castro.

1. ANTECEDENTES

Mediante escrito radicado bajo el número 03026134 del 31 de marzo de 2003, el señor Fabio Clavijo Vergara, en su calidad de representante legal de Tecnaire Ltda., ejerció la acción de competencia desleal en contra de la sociedad Symaa y Cia. Ltda., identificada con Nit. número 8605293458, y el señor Fabio Orlando Castro Sanz, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.381.854 de Bogotá, en su calidad de representante legal de Symaa y Cia. Ltda., por los presuntos actos de competencia desleal descritos en los artículos 7 y 12 de la Ley 256 de 1996. (folio 5)

1.1 Hechos

Los hechos contenidos en el escrito de acción son los siguientes:

1. La Secretaría de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá abrió la convocatoria pública identificada con los términos de referencia 83998 del 29 de noviembre de 2002, con el fin de seleccionar un contratista para la prestación del servicio de mantenimiento preventivo y correctivo y el suministro e instalación de repuestos de los equipos de aire acondicionado y ventilación ubicados en el centro Distrital de Salud.
2. Dentro del término para presentar propuestas, entre otras, presentaron ofertas las sociedades Tecnaire Ltda. y Symaa y Cía Ltda., representada por el señor Fabio Castro Sanz.
3. Dentro del término concedido por la Secretaría de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá, para presentar por parte de los proponentes observaciones a la evaluación realizada por la Secretaría de Salud a las propuestas, la sociedad Symaa y Cia. Ltda., a través del señor Fabio Castro Sanz, en su calidad de gerente, mediante oficio del 27 de noviembre de 2002 hizo la siguiente observación:

“Apreciados señores he analizado la evaluación de las propuestas para seleccionar al contratista (...). En razón a esto y como mi oferta técnico y económica cumple en un todo y es la más viable económicamente, me interesaría que se evaluara la capacidad de contratación de una empresa que se acoge a la Ley 550 el cual es el caso de tecnaire quien tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente de los pormenores de su

capacidad económica para ejecutar este tipo de contratos, y si su nivel de endeudamiento le da capacidad de ejecutar este tipo de contratos.”

4. La Secretaría Distrital de Salud, mediante oficio del 29 de noviembre de 2003, en respuesta a las observaciones presentadas por Symaa Ltda. le comunica a ésta lo siguiente:

“2. En lo que hace relación a su solicitud para que se evalúe la capacidad económica de contratación de los oferentes. Este factor no se tuvo en cuenta como criterio de evaluación. Para garantizar el cumplimiento por parte del contratista seleccionado la Entidad estableció la constitución de unas garantías, en el numeral 2.8. de los términos de referencia.

“3. En lo que hace relación a su solicitud para “...que se evaluará la capacidad de contratación de una empresa que se acoge a la Ley 550 el cual es el caso de tecnicaire”(sic). Nos permitimos aclarar que las empresas que se acogen a la Ley 550/99, no están impedidas a seguir desarrollando su objeto social, por el contrario, uno de los fines de dicha ley es promover la reactivación de la economía y el empleo mediante la reestructuración de empresas pertenecientes a los sectores productivos de la economía.”

5. *“2. Con fecha 12 del mes de diciembre del año 2002, se celebró entre el Fondo Financiero Distrital de Salud de Bogotá y la sociedad TECNAIRE LIMITADA el contrato No. 00450 – 2002 de prestación de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo, incluido el suministro e instalación de repuestos, para los equipos de Aire Acondicionado y Ventilación Mecánica ubicados en el centro Operativo Distrital de Salud.”*

6. *“(..) Habida consideración de que el también demandado Fabio O. Castro Sanz, no se limitó a denigrar de TECNAIRE ante la Secretaría de Salud, sino que también lo hizo como parte de una campaña para desprestigiarla, teniendo entonces TECNAIRE, con miras a coartar tan oprobiosa labor, poner en conocimiento de los hechos materia de esta demanda a entidades tales como la Asociación del Acondicionamiento del Aire y de la Refrigeración (ACAIRE), a la Cámara de Comercio de Bogotá y aún a la propia demandada mediante la comunicación de fecha 11 de diciembre de 2002 (ver anexo No. 5).”*

7. El 27 de diciembre de 2002, la sociedad Symaa y Cia. Ltda., mediante comunicación dirigida a Tecnaire Ltda., señala lo siguiente:

“...me dirijo a ustedes para presentar disculpas por el impase presentado en los descargos a la adjudicación de la licitación de mantenimiento de la Secretaría Distrital de Salud, en la cual emití algunos conceptos un tanto ligeros y de dudosa veracidad, con los cuales trasgredí y manché el buen nombre de su empresa, desvirtuando la imagen corporativa que por muchos años han granjeado y sostenido en el mercado colombiano del aire acondicionado.

“Evidentemente actué dejándome llevar por un desmedido afán comercial, olvidándome por un instante de los preceptos que regulan la actividad comercial y de ingeniería de nuestro país; así como de nuestros orígenes,

que se remontan a las experiencias y enseñanzas vividas por nuestro socio fundador en el seno de la organización...”

1.2 Pretensiones

El señor Fabio Clavijo Vergara, en su calidad de representante legal de Tecnaire S.A., solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio pronunciarse favorablemente frente a las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare que el demandado FABIO CASTRO SANZ, conjuntamente con la sociedad SYMAA Y CIA LTDA., por él representada, incurrieron en ostensibles y perjudiciales actos y conductas de competencia desleal contra la sociedad TECNAIRE LTDA., para fines concurrenciales, con graves perjuicios morales y económicos para la citada compañía que represento.

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a los demandados a pagar a favor de la sociedad demandante los perjuicios morales y económicos que por solo capital estimo en la suma mínima de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000), más las costas del proceso y, a la vez, se les conmine mediante caución por igual suma a abstenerse en todo momento y por tiempo indefinido de incurrir en nuevos actos y conductas de competencia desleal con violación de las prohibiciones que al efecto consagra la ley.”

1.3 Contestación de la demanda y otras actuaciones

Mediante resolución número 19122 del ocho de julio de 2003¹, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia inició el proceso jurisdiccional de competencia desleal contra la sociedad Symaa y Cia. Ltda. y el señor Fabio Orlando Castro, por los actos de competencia desleal descritos en los artículos 7 y 12 de la Ley 256 de 1996. La resolución en mención, fue notificada personalmente a la parte demandada el 16 de julio de 2003, sin que ésta aportara ni solicitara pruebas para ejercer su derecho de defensa.

Es de tener en cuenta que en la resolución de apertura equivocadamente se señaló que se abría investigación por los actos de competencia desleal descritos en los artículos 1, 2, 7, 12, 20 y 31 de la ley 256 de 1996, siendo lo correcto las normas 7 y 12, por ser éstas las que contienen supuestos de deslealtad.

1.4 Actuación procesal

Vencido el término para contestar la demanda, dando cumplimiento a ley 640 de 2001, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación, la cual se realizó el nueve de septiembre de 2003 sin que existiera acuerdo de conciliación.

¹ Folios 29 y 30.

Practicadas las pruebas decretadas dentro del presente proceso, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, presentó al Superintendente de Industria y Comercio y a las partes el correspondiente informe motivado con fecha 24 de junio de 2004 pero por haber omitido su traslado a uno de los demandados por auto No. 00398 del 14 de febrero de 2005 se dispuso nuevo traslado a todas las partes. (folio 111).

1.5 Alegatos de conclusión

Dentro del término de traslado del informe motivado la parte pasiva, señor Fabio orlando Castro, presentó sus alegatos, en los cuales manifiesta su desacuerdo con el informe motivado y solicita que se declaren infundadas las pretensiones contenidas en el escrito de acción, pues en su sentir, contrario a lo manifestado en el informe motivado, la parte accionada no infringió los artículos 7 y 12 de la Ley 256 de 1996.

La accionada, sociedad Symaa y Cia. Ltda., no presentó alegatos de conclusión.

Por su parte, la accionante presentó sus alegatos de conclusión, en los cuales, previamente al relato de los hechos y de las actuaciones procesales que se han adelantado en el proceso, solicita que se declaren fundadas las pretensiones contenidas en el escrito de acción. (folios 101 a 103 y 109).

En los alegatos de conclusión presentados por el apoderado del accionado señor Fabio orlando Castro. se señala lo siguiente:

Inicia sus argumentos oponiéndose a las pretensiones de la accionante y señalando que a su poderdante no se le dio oportunidad para contestar la demanda, puesto que nunca se notificó de la apertura de la investigación, negándosele así su derecho de defensa.

Respecto al ámbito objetivo de aplicación de la Ley 256 de 1996, fundamenta su desacuerdo con el informe motivado señalando que *“no tiene cabida para los efectos propuestos, que se indique que por “comentarios” es que su Despacho inició una investigación en contra de mi cliente (...). No puede concebirse que la razón de un comentario sea génesis de una investigación de trascendencia, pues sería ilógico pensar que si la etapa de observaciones concebida por la ley a los participantes en una licitación es dada para que expresen sus puntos de vista respecto de cual o tal aspecto relacionado con las propuestas presentadas, no lo puedan hacer porque sus puntos de vista van a ser de connotación desleal o atentarán contra una sana competencia. Debe el Despacho examinar con pulso de relojero, las endilgaciones hechas a mi cliente, las cuales no solo están fuera de la sana y mediana lógica, para enfilarse peligrosamente a ámbitos normativos diferentes a los que será necesario acudir en virtud del encauzamiento ligero y sin fundamento que se aduce en el escrito que se está atendiendo en esta instancia, sino que además abren brecha de duda en la aplicación Constitucional del debido proceso, ya que no sólo, la actuación de mi cliente se dio dentro del escenario de controversia normado por la ley 80, sino que no ha existido análisis serio imparcial sino sesgado y de total credibilidad por ese Despacho a lo alegado por la parte gestora de este proceso.”* (folio 86)

En relación con el acto de competencia desleal de descrédito, después de analizar el artículo 12 de la Ley 256 de 1996, sostiene el apoderado de la accionada que en la comunicación del 27 de noviembre, mediante la cual realizó la observación dentro del concurso público, se

advierten dos cosas: *“la primera referida simplemente a la manifestación que hace respecto de que de los estudios adelantados sobre los términos de referencia y frente a los cuales indica que su oferta cumple con los requisitos exigidos, siendo técnica y económicamente más viable y la segunda, que en virtud de lo anterior, le era de interés que la licitante evaluara la capacidad de contratación de una empresa que se había acogido a la ley 550 como es el caso de Tecnaire, ya que consideraba que dicha circunstancia era necesaria ponerla en conocimiento del cliente, dando a conocer los pormenores de su capacidad económica para ejecutar ese tipo de contrato así como, si su nivel de endeudamiento, le daba la capacidad para ello.”* Frente a lo anterior, considera que conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 30 de la ley 80 de 1993, la accionada actuó conforme al procedimiento señalado en tales normas, como quiera que se ajustó a los términos de referencia del concurso público y presentó observaciones a la evaluación realizada por la entidad estatal.”

Teniendo en cuenta lo antes señalado, considera que *“no es cierto, entonces que las observaciones hechas por mi poderdante constituyeran actos contrarios a una sana y leal competencia, si las referencias respecto de los mencionados son perfectamente viables y permitidas por la ley, tanto a las partes, como a cualquiera de los participantes en la contienda licitatoria tal como quedó indicado en el aparte inmediatamente anterior...”* Adicional a lo anterior es de señalar, que mi poderdante no refirió imprecisión o circunstancia contraria a la realidad, pues de hecho, el manifestar preocupación porque en la contiendas se tuvieran claras las condiciones económicas de una de las empresas en particular, de una parte, era perfectamente viable, porque tal como quedó clarificado, se hizo respecto de los puntos concretos del pliego de condiciones y no con fines distintos a los que la misma ley le permitió hacer y de otra para nada afectaban la capacidad de decisión del ente Distrital ya que el indicar la circunstancia del caso puntual de una de las participantes, esto es, de los beneficios otorgados a Tecnaire por acogerse a la Ley 550 para nada pudieron afectarle, como la misma entidad Distrital le manifestó al representante legal de la firma demandada ...”

Respecto de la infracción del artículo 7 de la ley 256 de 1996 señala que *“para el caso subexámine es de indicar, que la actuación adelantada por mi poderdante se encuentra despojada de cualquier revestimiento de ilicitud como lo quiere hacer ver su Despacho, ya que el analizar la penúltima parte del inciso final del mencionado artículo, esto es , cuando el acto o hecho, traducido en el contenido de la comunicación de noviembre 27 de 2002, suscrita por el representante legal de la firma Symaa, estuviese encaminado a afectar o afectara la libertad de decisión del comprador, para el caso concreto, en la decisión que tuviese en un momento determinado el ente Distrital que convocó la licitación pública, de acoger o no acoger a Tecnaire como concursante en dicha contienda...”*

Finalmente, sostiene que *“[e]s importante resaltar, que el análisis efectuado no sólo puede dispensarse respecto del acto en si, si no, de que si el mismo es idóneo por lo menos para crear efecto o conseguir el objeto propuesto, pues si no se tiene establecida la eficacia que en si mismo conlleva el acto que se realiza o bien el efecto que pueda producir, mal podría calificarse de desleal, sencillamente porque se ejerció dentro de las oportunidades señaladas por la ley que rige la materia dentro de los cuales sucedió y ello no se considera ni peligroso ni dañoso para los afectos que se perseguía, la adjudicación de un tercero. En consecuencia, los supuestos generales para la existencia de actos de competencia y que éstos eventualmente pudieran ser calificado como desleales, no se cumplen en el presente proceso, por lo que las pretensiones de la demanda deben ser consideradas infundadas, no llamadas a prosperar y proceder al archivo del expediente.”*

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Habiéndose agotado las diferentes instancias procesales, y no presentándose nulidades que impidan proferir un fallo, procede el Despacho a decidir de fondo en el presente caso:

2.1 Legitimación

En este punto se analizará si existe legitimación pasiva por parte de la sociedad Symaa Ltda. y el señor Fabio Orlando Castro, frente a las pretensiones planteadas por la sociedad Tecnaire Ltda., y si ésta se encuentra legitimada por activa para obtener tales declaratorias. De llegarse a una respuesta negativa frente a cualquiera de esos supuestos, el análisis concreto de las actuaciones cuestionadas no será necesario, pues los supuestos básicos para un fallo favorable habrán desaparecido y las pretensiones deberán ser declaradas infundadas.

2.1.1. Legitimación activa

En cuanto a la legitimación activa, el Artículo 21 de la Ley 256 de 1996, establece que *“cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley”*.

En el expediente está demostrado que la persona jurídica que conforma el extremo activo de la relación procesal, al ser una sociedad comercial constituida, que tiene por objeto social las *“actividades y operaciones de ingeniería y comercio en general del acondicionamiento del aire y de la refrigeración en el orden industrial y doméstico, incluyendo todas las actividades afines y conexas de la fabricación, ensamblaje y/o importación de conjuntos, repuestos para toda clase de equipos ...”*, el cual desarrolla en el mercado de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, sus intereses económicos pudieron resultar perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal que le atribuye a la parte accionada. En ese sentido, la parte accionante está legitimada por activa para reclamar de los demandados el respeto por las normas sobre competencia desleal.

2.1.2. Legitimación pasiva

Señala el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, *“las acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal. Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley, deberán dirigirse contra el patrono.”*

En el presente caso, los hechos en los que se fundamentan las pretensiones de la parte actora, fueron realizados por el señor Fabio Orlando Castro en su calidad de representante legal de la sociedad Symaa y Cia. Ltda., lo cual se acredita apreciando los documentos obrantes a folios 7 a 10, 15 y 16 y 17 a 21, entre otros, del expediente. En este sentido, como quiera que las actuaciones las desarrolló el señor en mención en representación de la sociedad Symaa y Cia. Ltda. y no como persona natural, es de concluirse que de conformidad con el artículo 22 de la ley 256 de 1996 el señor Fabio Orlando Castro no es

sujeto pasivo de la acción de competencia desleal y, por el contrario, Symaa y Cia. Ltda. si se encuentra legitimada por pasiva.

2.2 Supuestos generales de la Ley 256 de 1996

Para que una conducta pueda ser considerada desleal a la luz de la Ley 256 de 1996, es necesario comprobar que la situación que se examina se haya desarrollado o produzca sus efectos en determinado ámbito objetivo, subjetivo y territorial.

2.2.1. Ámbito objetivo de aplicación

El Artículo 2 de la Ley 256 de 1996, establece el ámbito objetivo de aplicación en los siguientes términos: *"Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.- La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero"*.

En el presente caso, los hechos que se debaten, además de haber sido realizados por la sociedad Symaa y Cia. Ltda. en el mercado colombiano, fueron actos de competencia, pues en sí mismos permitían a su actor disputar un cliente, puesto que eran *"objetivamente idóneo[s] para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero"*. De esta forma se cumple respecto de la sociedad Symaa y Cia. Ltda. la presunción sobre finalidad concurrencial prevista en la norma transcrita, presunción que no fue desvirtuada por la misma dentro del presente proceso.

2.2.2. Ámbito subjetivo de aplicación

El artículo 3 de la Ley 256 de 1996 establece: *"Ámbito subjetivo de aplicación. Esta ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal."*

En el presente proceso tanto Tecnaire Ltda., como Symaa y Cia. Ltda., participan en el mercado de la ingeniería y comercio del acondicionamiento del aire y de la refrigeración, manteniendo entre sí una relación de competencia.

En consecuencia, el requisito de participación en el mercado exigido por el artículo 3º de la Ley 256 de 1996 se cumple.

2.2.3. Ámbito territorial de aplicación

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

Los hechos que acá se debaten tuvieron ocurrencia en el mercado colombiano, siendo éste el territorio en el cual se han generado sus efectos principales.

2.3 Consideraciones Generales

La Ley 256 de 1996 es una disposición que se aplica en forma general a todo el mercado y que busca que quienes en éste participan, sean o no comerciantes, se abstengan de emplear en sus actos competitivos, medios o mecanismos que puedan ser calificados como desleales.

En tal sentido, la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela, ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino sólo la utilización de medios indebidos para competir, los cuales, precisamente por ser indebidos, distorsionan la realidad del mercado, pueden causar perjuicio injustificado a quienes los sufren, y rompen la igualdad de quienes compiten lealmente en el comercio, al generar frente a estos últimos, un desequilibrio que sólo se rompería si los competidores leales se vieran obligados también a emplear métodos desleales, lo cual resultaría igualmente reprochable, generándose un caos total en el mercado y exponiéndose al consumidor a las consecuencias nefastas que tal realidad comercial traería.

Lo anterior explica las razones por las cuales el legislador dispuso en el artículo 1º de la Ley 256 de 1996, que dicha regulación se aplicará sin perjuicio de otras formas de protección, pues independientemente de que el acto desleal infrinja otro ordenamiento, la Ley 256 de 1996 no sanciona el comportamiento por infringir el otro ordenamiento, sino por ser desleal y por los efectos nocivos que el actuar indebido genera para los afectados directos por el acto y, consecuentemente, para los consumidores.

En este orden de ideas, el bien jurídico y el valor supremo que tutela la Ley 256 de 1996, es la lealtad empleada en los medios para competir, lealtad cuya noción y fundamento se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 7º de la propia regulación y en los desarrollos que de dicho inciso se hace en las normas subsiguientes del capítulo segundo de la misma.

El inciso primero del artículo 7º de la Ley 256 establece lo siguiente:

"Artículo 7º:- Prohibición general. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial".

La noción de lealtad arriba citada encuentra su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado de respetar en sus actuaciones la buena fe comercial, por lo cual incurrir en actos de competencia desleal, quienes con su conducta violan dicho deber. Esta interpretación, acorde con el contenido ético que envuelve el concepto de lealtad, permite concluir, como lo hizo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año de 1.958², que actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Doctor Arturo Valencia Zea. Bogotá, 23 de junio de 1.958 (Ver nota a pie de página siguiente.)

corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado *standard* de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

Finalmente, al contener el inciso primero del artículo 7º de la Ley 256 de 1996 una prohibición general, ésta irradia y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, las cuales establecen a título enunciativo, algunos actos que el legislador ha considerado que son desleales, por ser conductas opuestas a la manera corriente de quienes obran honestamente en el mercado.

2.4 Análisis de lealtad de los actos de la sociedad Symaa y Cía Ltda.

Estando acreditados los supuestos sobre legitimidad en la causa por activa y pasiva, y encontrándose establecido que los hechos objeto del proceso reúnen las condiciones generales para ser considerados como actos de competencia, corresponde analizar si los mismos son calificables como desleales y, en consecuencia, si son susceptibles de ser reprimidos como actos de competencia desleal.

2.4.1 La conducta de Symaa y Cia. Ltda. frente al artículo 12 de la ley 256 de 1996.

Señala el artículo 12 de la ley 256 de 1996 lo siguiente:

“En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del convenio de París, aprobado mediante ley 178 de 1994, 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”.

En concordancia con lo dispuesto en el punto 2 del numeral 3 del Convenio de París³, aprobado por la Ley 178 de 1994, la norma transcrita advierte sobre la deslealtad de quien, con finalidad concurrencial, perjudica o puede perjudicar al competidor en su condición de empresario y en su prestigio ante la clientela, utilizando o difundiendo información incorrecta o falsa, que lo desprestigia o lo hace desmerecer en el concepto del consumidor.

En el caso en concreto, se tiene que dentro de la convocatoria pública identificada con los términos de referencia No. 83998 del 29 de noviembre de 2002, aviso número 279, adelantada por la Secretaría de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. la sociedad Symaa y Cia. Ltda. dentro del término para presentar observaciones a la evaluación de las propuestas presentadas señaló que *“...en razón a esto y como mi oferta técnico y económica cumple en un todo y es la más viable económicamente, me interesaría que se evaluara la capacidad de contratación de una empresa que se acoge a la ley 550 el cual es el caso de Tecnaire quien tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente de los pormenores de su capacidad económica para ejercer este tipo de contratos, y si su*

³ CONVENIO DE PARÍS “Artículo 10 bis (...) 3) En particular deberán prohibirse: ...2. las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor”.

nivel de endeudamiento le da capacidad de ejecutar este tipo de contratos.” (subrayas propias del texto). (folio 19).

Por su parte, mediante oficio radicado con el número 03026134 00020009 del 15 de diciembre de 2003, en relación con la observación presentada por Symaa & Cia. Ltda., la Secretaría Distrital de Salud señaló que *“Pregunta: En la etapa de observaciones, las firmas anteriormente mencionadas presentaron objeciones y respecto de qué puntos específicamente lo hicieron?. En caso afirmativo, anexar los correspondientes documentos. Respuesta: De acuerdo a lo establecido en los términos de referencia, se realizó la evaluación de las cuatro (4) propuestas; posteriormente, se dio traslado de la evaluación a los proponentes los días 26 y 27 de noviembre de 2002. Con oficio No. 92863 del 27 de noviembre de 2002, el señor Fabio Castro, como representante legal de la firma SYMAA Y CIA LTDA., presentó observaciones acerca de la capacidad económica de la firma Tecnaire. (Anexamos copia de dicho oficio y de la respuesta de la Secretaría Distrital de Salud).” (folios 59 y 60)*

La afirmación realizada por Symaa y Cia. Ltda. fue rectificada por fuera de la convocatoria pública en mención, mediante escrito de fecha 27 de diciembre de 2002 dirigido a la sociedad Tecnaire Ltda. en la que consideró que *“si bien es sabido que errar es de humano, también lo es el hecho de que un caballero acepta y enmienda sus errores y, es por esto que en el día de hoy me dirijo a ustedes para presentar disculpas por el impase presentado en los descargos a la adjudicación de la licitación de mantenimiento de la Secretaría Distrital de Salud, en la cual emití algunos conceptos un tanto ligeros y de dudosa veracidad, con los cuales transgredí y manché el buen nombre de una empresa, desvirtuando la imagen corporativa que por muchos años han granjeado y sostenido en el mercado colombiano del aire acondicionado. Evidentemente actué dejándome llevar por un desmedido afán comercial, olvidándome por un instante de los preceptos que regulan la actividad comercial (...). Finalmente, solo espero que la herida causada sane benigna y rápidamente, para que así los lazos comerciales y de amistad que nos han unido por muchos años se conserven y perduren por siempre.”* (folio 20) (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, se encuentra probado que la sociedad Symaa y Cia. Ltda. dentro de la convocatoria pública adelantada por la Secretaría Distrital de Salud, dentro de la etapa de observaciones a la evaluación de las propuestas, realizó afirmaciones o aseveraciones en contra de Tecnaire Ltda., las cuales no se tuvieron en cuenta por parte de la entidad estatal y fueron rectificadas posteriormente por la demandada. En consecuencia, se hace necesario establecer si de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 256 de 1996, las manifestaciones realizadas por la demandada, eran incorrectas, falsas u omisivas de la verdad.

2.4.1.1 Aseveraciones o afirmaciones realizadas por la demandada

El artículo 12 de la Ley 256 de 1996, establece una presunción legal de deslealtad en relación con el acto de competencia desleal de descrédito, cuando se encuentran probados los siguientes elementos que conforman el hecho base:

- Que el accionado utilizó o difundió indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, con el objeto o (...) efecto [de] *desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero*”; o

- Que el accionado omitió difundir indicaciones o aseveraciones verdaderas, con el (...) objeto o (...)efecto [de] *desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero*"; o
- Que el accionado ejecutó cualquier otro tipo de práctica con el (...) objeto o (...) efecto [de] *desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero*".

Así, probado el hecho base del que parte la presunción, de éste se deduce la existencia del hecho presumido, es decir la deslealtad, por lo cual será de carga del accionado:

- Desvirtuar los elementos que conforman el hecho base, demostrando que lo afirmado es exacto, verdadero, o pertinente (parte final artículo 12), o
- Demostrar que pese a que los supuestos que conforman el hecho base se presentaron, su actuación de todas formas no fue desleal.

Al observar el expediente se encuentra que el hecho 3 literal b de la demanda expresa que "es *absolutamente fals[o]*" que la sociedad demandante se haya acogido a la Ley 550 (fl. 3). Si bien reposa en el expediente Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá de la sociedad Tecnaire Ltda., el mismo no permite tener por cierto que en efecto el demandante no hubiera estado antes en un acuerdo de reestructuración, puesto que si este tuvo ocurrencia en una época relativamente lejana, en el certificado de la Cámara de Comercio se puede eliminar la anotación de registro de este antecedente si el empresario ha cumplido el acuerdo. En cuanto a la segunda afirmación consistente en " *capacidad económica para ejercer este tipo de contratos y si su nivel de endeudamiento le da capacidad de ejecutar este tipo de contratos*", si bien en la demanda se afirmó que no era una exigencia por parte de la sociedad convocante y, por lo tanto, " *no le era dado proponerla [la afirmación] al demandado sin mediar una intención aviesa*", lo cierto es que en el expediente el demandante no allega prueba que permita establecer que contrario de lo afirmado, contaba con capacidad económica o que su nivel de endeudamiento le daba capacidad de ejecutar ese tipo de contratos.

De acuerdo con lo anterior, la parte actora era a quien le correspondía probar si las afirmaciones utilizadas por la demandada tenían la connotación de incorrección, falsedad u omisión de la verdad que exige la norma para activar la presunción de deslealtad de la conducta.

Por otra parte, tampoco se observa que el demandado haya presentado pruebas tendientes a confirmar que sus afirmaciones eran exactas, verdaderas y pertinentes. Por el contrario, existe una comunicación en el expediente que la sociedad Symaa y Cia. Ltda. envió a la accionante en la que señala que "(...) *es por esto que en el día de hoy me dirijo a ustedes para presentar disculpas por el impase presentado en los descargos a la adjudicación de la licitación de mantenimiento de la Secretaría Distrital de Salud, en la cual emití algunos conceptos un tanto ligeros y de dudosa veracidad, con los cuales transgredí y manché el buen nombre de una empresa, desvirtuando la imagen corporativa que por muchos años han granjeado y sostenido en el mercado colombiano del aire acondicionado(...)*".

En la misma carta, el demandado expresa “*Evidentemente actué dejándome llevar por un desmedido afán comercial, olvidándome por un instante de los preceptos que regulan la actividad comercial y de ingeniería en nuestro país; (...)” . (Subrayas fuera del texto).*

Visto el texto de la carta, se puede inferir que las mismas al menos se aproximan al concepto de incorrección, puesto que al reconocer que sus manifestaciones fueron un tanto ligeras, o de dudosa veracidad como lo expresa, acepta que para emitir las le faltó contar con elementos de juicio que permitieran calificar las mismas de correctas o exactas.

En la segunda parte del texto de la carta el demandado se encuentra aceptando que existía un ánimo concurrencial y que en su obrar hubo la intención de desacreditar a su competidor; adicionalmente, que su actuar no se ajusta a los principios de la buena fe comercial.

Estas dos circunstancias de hecho pueden ser admitidas probatoriamente por vía de confesión en razón a que de conformidad con el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, son hechos susceptibles de confesión los que producen consecuencias jurídicas adversas al confesante, recaen sobre hechos sobre los cuales la ley no exige un medio de prueba específico, correspondan a hechos personales del confesante que exprese de manera consciente y libre, circunstancias todas éstas que confluyen en el presente caso; pues el confesante es precisamente el representante legal de la sociedad demandada y su comportamiento se encuentra debidamente probado a través de un documento suscrito por el mismo, aportado legalmente al proceso y que no fue discutido o tachado de falso. De esta manera la confesión del demandado produce una consecuencia favorable a la parte contraria, pues a través de ella admite no solamente el hecho base de la presunción, esto es la incorrección de sus afirmaciones, sino también la deslealtad de su conducta al señalar que se dejó llevar por un “desmedido afán comercial, olvidándome por un instante de los preceptos que regulan la actividad comercial”.

De este modo, en consideración del Despacho se encuentra configurada la conducta descrita en el artículo 12 de la Ley 256 de 1996.

2.4.1.2. Evaluación de las propuestas

No obstante, estar demostrada la conducta por incorrección de las afirmaciones, el Despacho no puede dejar de lado el análisis relativo a la impertinencia de las mismas, teniendo en cuenta la ley 80 de 1993.

Observaciones a la evaluación – registro único de proponentes

En los procesos contractuales que inicia una entidad pública sujeta a la ley 80 de 1993, existe una etapa para que los proponentes puedan controvertir los informes, conceptos o evaluaciones respecto de las propuestas (arts 25, numeral 2, inciso 2, y 30, numeral 8 de la ley 80 de 1993, según la selección de contratista), en la cual los oferentes podrán formular las observaciones que estimen pertinentes a la evaluación de las ofertas, de acuerdo con las condiciones para participar en el proceso contractual y los factores de escogencia del contratista previamente señalados por la entidad. En este sentido, los proponentes que presenten observaciones a la evaluación de las ofertas, deberán tener en cuenta que las mismas tienen que referirse a las irregularidades o fallas que posea la evaluación, para lo cual tendrán en consideración los requisitos y condiciones señalados

en la solicitud de ofertas, términos de referencia o pliegos de condiciones, según la convocatoria, al igual que los factores de escogencia del contratista; por consiguiente, no podrán hacer manifestaciones o argumentaciones de hechos o situaciones que la entidad pública no tuvo en cuenta para efectos de seleccionar la mejor propuesta.

La afirmación o aseveración que realizó la accionada en la etapa de observaciones en el proceso contractual en mención fue la siguiente “*me interesaría que se evaluará la capacidad de contratación de una empresa que se acoge a la ley 550 el cual (sic) es el caso de Tecnaire quien tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente de los pormenores de su capacidad económica para ejercer este tipo de contratos, y si su nivel de endeudamiento le da capacidad de ejecutar este tipo de contratos.*”, por lo que resulta necesario establecer si para participar en la convocatoria se requería acreditar por parte de los proponentes la capacidad de contratación y no haberse acogido a la ley 550 de 1999. Señalan los incisos 1 y 6 del artículo 22 de la ley 80 de 1993, respectivamente, lo siguiente:

“De los registros de proponentes. *Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la cámara de comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo.”* Y *“No se requerirá de este registro, ni de calificación, en los casos de contratación de urgencia a que se refiere el artículo 42 de esta ley; contratación de menor cuantía a que se refiere el artículo 24 de esta ley; contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; contratos de prestación de servicios y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional.”* (subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 1 del decreto 92 de 1993, señala que la calificación “*es la asignación por parte del proponente del puntaje que le corresponde según lo previsto en el presente decreto y la fijación consecuente del monto máximo de contratación o capacidad de contratación (K), que será respetada por las entidades contratantes en todo el proceso de adjudicación de los contratos.*”, y la clasificación “*es la determinación por parte del proponente, de la o las actividades especialmente y grupos que le correspondan según la naturaleza de las actividades que específicamente haya realizado y que de acuerdo a ello determine pueda contratar con las entidades estatales.*” (subrayado fuera de texto)

Conforme con lo anterior, “*la clasificación y calificación condiciona la capacidad de contratación, al circunscribir a un cierto orden de actividades (construcción, consultoría, suministro) y de especialidades, y delimitar hasta determinado valor, los contratos que puedan celebrar los distintos proponentes. En la reglamentación del sistema se establece el concepto de capacidad residual, que es el valor restante de la diferencia entre la capacidad máxima de contratación o capacidad de contratación (K), según la calificación asignada por el proponente, y la suma total de los contratos en ejecución que éste tenga con los particulares y el propio estado*”⁴.

En este orden de ideas, la capacidad de contratación la constituye la suma de todos los puntajes obtenidos en la calificación de acuerdo con la actividad (constructores, consultores y proveedores) y el procedimiento establecido en el decreto 92 de 1998, para efectos de inscribirse en el registro único de proponentes. En este sentido, la capacidad de

⁴ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis, primera edición, segunda reimpresión, 2003, página 113.

contratación hace parte del registro único de proponentes, por lo que se hace necesario para su obtención inscribirse en dicho registro.

Así las cosas, conforme con el artículo 22 de la ley 80 de 1993, antes transcrito, en la convocatoria pública donde ocurrieron los hechos, no podía exigirse la inscripción en el registro único de proponentes, y por ende la capacidad de contratación, como quiera que el contrato a celebrarse consistía en una prestación de servicios, para lo cual no se requeriría por parte del oferente – contratista - encontrarse inscrito en el registro en mención. Esta situación jurídica, desde el punto de vista de la contratación directa, pone de presente que los cuestionamientos de la sociedad demandada excedían el ámbito de sus facultades para presentar observaciones. Lo anterior, es confirmado con la comunicación mediante la cual la Secretaría de Salud Distrital responde la observación que al respecto realizó Symaa y Cia. Ltda. en los siguientes términos:

“2. En lo que hace relación a su solicitud para que se evalúe la capacidad económica de contratación de los oferentes. Este factor no se tuvo en cuenta como criterio de evaluación...”

2.4.2 La Conducta de Symaa y Cia. Ltda. frente al artículo 7º de la Ley 256 de 1996.

El artículo 7º de la Ley 256 de 1.996 dispone lo siguiente:

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

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

Como se observa, el artículo 7º de la Ley 256 de 1.996, el cual inspira y contiene el fundamento de toda la regulación de la competencia desleal, menciona en dos ocasiones la buena fe comercial; en el inciso primero al establecer que los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones este principio, y en el inciso segundo, al considerar como de competencia desleal, la realización de actos o hechos en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulten contrarios al mismo.

Tal y como se emplea en la ley, la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo “comercial”, por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la que impera entre los comerciantes. Teniendo en cuenta la precisión anterior y uniendo esta noción⁵ al calificativo comercial, se debe entender que la misma se

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Doctor Arturo Valencia Zea. Bogotá, 23 de junio de 1.958 "... La expresión "buena fe" (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear

refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones.⁶

En armonía con lo anterior, no sobra recordar la doctrina constitucional que respecto de la buena fe ha dictado la H. Corte Constitucional, quien ha dicho lo siguiente:

*"8.3 Los postulados de la buena fe se diferencian de otras reglas jurídicas, en cuanto no tienen un contenido típico y preestablecido, sino que éste es el que resulta de las circunstancias concretas relativas a la formación y ejecución de las diferentes relaciones que tienen relevancia para el derecho y que reclaman, de los sujetos que en ellas intervienen, un mínimo de recíproca lealtad y mutua colaboración con miras a preservar los intereses legítimos y alcanzar las finalidades merecedoras de tutela jurídica, para lo cual se precisan comportamientos positivos u omisivos que así no sean formalmente prescritos se imponen si aquéllos sería y honestamente persiguen una determinada situación o efecto jurídico. Cobra pleno sentido, a este respecto, la afirmación del Constituyente, que se reitera : "No se trata ya meramente de un principio de integración e interpretación del derecho aplicable, sino de un verdadero mandamiento jurídico del cual se derivan una serie de consecuencias prácticas."*⁷ (Negrillas fuera del texto.)

Como consecuencia de lo anterior, el principio de la buena fe exige que quienes participan en el mercado, tengan en su comportamiento un mínimo de lealtad, que refleje la diligencia y cuidado que se deben guardar en las diferentes acciones que se desarrollan en la sociedad, pues como también lo ha dicho la H. Corte Constitucional:

"La buena fe, sin embargo, no puede implicar que el Derecho la admita y proclame como criterio eximente de la responsabilidad que, según las leyes, corresponde a quienes incurren en acciones u omisiones dolosas o

con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente.

"... Obrar con lealtad, es decir, con buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas costumbres.

"Los usos sociales y buenas costumbres que imperan en la sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

"Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, con el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre."

⁶ MONROY Cabra Marco Gerardo. Op. Cit. Pág. 289. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-469 del 17 de julio de 1.992. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-524/95 del 16 de noviembre de 1.995, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. VALENCIA Zea, citado por ORTEGA Torres Jorge, Código Civil Comentado. Editorial Temis, 16° Edición Bogotá 1.983. Pág. 329.

⁷ Sentencia No. T-538/94. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

culposas que ameritan la imposición de sanciones judiciales o administrativas.

Hacer del principio de la buena fe una excusa de ineludible aceptación para consentir conductas lesivas del orden jurídico equivale a convertir éste en sistema inoperante.

En consecuencia, pese a la obligatoriedad del principio constitucional enunciado, éste se edifica sobre la base de una conducta cuidadosa de parte de quien lo invoca, en especial si la ley ha definido unas responsabilidades mínimas en cabeza del que tiene a su cargo determinada actividad.⁸ (Negritas y subrayado fuera del texto.)

Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil⁹, en un proceso de competencia desleal señaló lo siguiente:

“El artículo 7 de la Ley 256 de 1996, a manera de criterio orientador, establece la noción de lealtad que no es más que el deber de los que participan en el mercado de actuar de buena fe. Es difícil dar una noción unitaria de la buena fe en el campo jurídico. (...). Para efectos de este análisis se considera que la norma citada ordena, como norma en sí, que los particulares (sic) del mercado obren con rectitud y honradez en el trato con sus competidores, en el desarrollo de sus relaciones jurídicas, en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos, pues la misma norma se refiere a “todas las actuaciones” de los participantes del mercado. Esta norma es una forma de conducta, sin que pierda de vista las connotaciones éticas que son inherentes a la buena fe.”

Cuando la ley dispone en el inciso primero del artículo 7º que “[l]os participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de buena fe comercial”, la intención que plasmó el Legislador en tal mandato, fue la de crear en los participantes en el mercado el deber ineludible de “mantener el criterio de la buena fe comercial de alcance general y aplicación a todos los actos de comercio”¹⁰, incorporando de esta forma no solo un principio, sino “un verdadero mandamiento jurídico del cual se derivan una serie de consecuencias prácticas”, como es el deber de abstenerse de incurrir en actos que por ser contrarios a la buena fe comercial, son constitutivos de competencia desleal.

Analizando el presente proceso frente al contenido del artículo 7º de la Ley 256 de 1996 y siguiendo la jurisprudencia arriba citada, se tiene que la sociedad Symaa y Cia. Ltda. en su afán por obtener como cliente a la Secretaría Distrital de Salud, actuó en forma contraria al principio de la buena fe comercial, pues ésta se ve desvirtuada por el hecho de que la accionada no fue lo suficientemente cuidadosa y diligente al realizar las afirmaciones y es más el demandado confiesa que en su comportamiento olvidó “por un instante los preceptos que regulan la actividad comercial (...)”.

⁸ Sentencia No. T-568 – 92. Magistrados Ponentes -Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

⁹ Sentencia del 20 de octubre de 2005. Magistrado Ponente Humberto Alfonso Niño Ortega. Abreviado (competencia desleal) Kenworth de la Montaña S.A. contra Industrias Ivor Ltda., Casa Inglesa.

¹⁰ Exposición de motivos, Proyecto de Ley 69 de 1.994 – Senado. Gaceta del Congreso del 9 de septiembre de 1.994.

En este sentido, la demandada no tuvo en cuenta los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones dentro del mercado y por lo tanto se configura la conducta descrita en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

2.5 Condena al pago de perjuicios

Señala la demandante como pretensión que *“se condene a los demandados a pagar a favor de la sociedad demandante los perjuicios morales y económicos que por solo capital estimo en la suma mínima de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000) y, a la vez, se les conmine mediante caución por igual suma a abstenerse en todo momento y por tiempo indefinido de incurrir en nuevos actos y conductas de competencia desleal con violación de las prohibiciones que al efecto consagra la ley¹¹.”*

Teniendo en cuenta que el presente proceso se inició antes de que entrara en vigencia la ley 962 de 2005, esta Superintendencia dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 49 de la misma, para efectos de pronunciarse respecto de esta pretensión. En consecuencia, aplicará el parágrafo 3 del artículo 148 de la ley 446 de 1998 y lo señalado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá¹², en relación con la oportunidad que se tiene para solicitar y probar los perjuicios (daño) y el momento para pedir su correspondiente liquidación.

De acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, este Despacho considera que la parte demandante no probó el daño que le pudo haber causado la demandada por los actos de competencia desleal que realizó. En efecto, la parte accionante se limitó a señalar que sufrió un perjuicio pero no aportó prueba alguna o elementos de juicio tendientes a su demostración, *“y tal falencia descarta la posibilidad de iniciativa oficiosa del juez, según el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, porque esa facultad está prevista para la determinación de la condena en concreto, “por cantidad y valor determinados”, desde luego partiendo de que la causación de la respectiva prestación está demostrada¹³.”*

Ahora bien, en relación con la conminación a la demandada para que por tiempo indefinido deje de incurrir en nuevos actos o conductas de competencia desleal, se considera que la misma debe ser rechazada por cuanto para la procedencia de las acciones de competencia desleal descritas en el numeral 2 del artículo 20 de la ley 256 de 1996, (preventiva o de prohibición), se requiere bien la inminencia de una conducta que aún no se ha perfeccionado, o que habiéndose perfeccionado aún no haya producido daño, situaciones que en este trámite no se evidencian.

2.6 Notificación de la resolución de apertura

¹¹ Folio 1, pretensión segunda.

¹² Tribunal Superior del Distrito Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2004, Magistrado Ponente José Alfonso Isaza Dávila, número de radicación 1100131990012000117101.

¹³ *Ibidem*

Señala la accionada, señor Fabio Orlando Castro, que "(...) *NO hubo contestación de la DEMANDA por cuanto mi cliente no fue notificado en la forma y términos indicados en la ley 794 de 2003, agotado el procedimiento allí normado, pues la notificación del primer acto en cualquier investigación debe surtirse de manera personal en virtud de las disposiciones mencionadas (...)*". Tales argumentos son equivocados, como quiera que la parte accionada se notificó personalmente de la resolución de apertura del presente proceso el 16 de julio de 2003, tal como obra a folio 30 del expediente, con lo cual se garantizó el debido proceso a la parte accionada y se le permitió contestar la demanda presentada en su contra dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la resolución de apertura.

No obstante lo anterior, téngase en cuenta que la notificación de la resolución de apertura del presente proceso a la parte accionada no se realizó conforme lo dispone el artículo 315, modificado por el decreto 2282 de 1989 y la ley 794 de 2003, del Código de Procedimiento Civil, por cuanto dicho trámite, de acuerdo a la legislación aplicable a dicho momento, se adelantaba conforme con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y al Código Contencioso Administrativo.

3. DECISION

Por lo anterior, 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:

PRIMERO: Declarar que la sociedad Symaa y Cía Ltda. incurrió en los actos de competencia desleal previstos en los artículos 7 y 12 de la Ley 256 de 1996, conforme a lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: Rechazar la pretensión de la demandante relacionada con la constitución de una caución por parte de la accionada.

TERCERO: Declarar infundadas las pretensiones de la parte demandante respecto del señor Fabio Orlando Castro Sanz, por cuanto él no se encuentra legitimado por pasiva dentro del presente proceso.

CUARTO: No condenar a la demandada al pago de perjuicios.

QUINTO: Condenar en costas a la sociedad Symaa y Cía Ltda.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio,

JAIRO RUBIO ESCOBAR

Parte demandante:

Señor
FABIO MIGUEL CLAVIJO VERGARA
Representante legal de Tecnaire
C. C.19.170.199 de Bogotá
Calle 62 No.20 – 46
Ciudad

Parte demandada:

Doctor
JOSE STRUSBERG GONZALEZ
C. C. 977.855
TP: 8170 del C. S. de la J.
Apoderado
FABIO ORLANDO CASTRO
Calle 52 A No. 9 – 07 oficina 301
Bogotá

Señor
FABIO ORLANDO CASTRO COBALLEDA
Representante legal
SYMAA Y CIA LTDA.
Transversal 96 No. 41 - 74
Bogotá