



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

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil nueve (2009)

Sentencia No. 004

Expediente 05120264

Demandante: SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CÍA. S. EN C.

Demandado: FUNDACIÓN ARTHUR STANLEY GILLOW

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía. S. en C., contra la Fundación Arthur Stanley Gillow, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1 Los hechos de la demanda:

- Adujo la accionante que Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía. S. en C. es una sociedad mercantil dedicada, entre otras cosas, a la realización de exámenes de paternidad y de maternidad con marcadores genéticos de ADN, servicio que anuncia al público mediante la fijación de “*afiches de propaganda*” en los Despachos Judiciales. Agregó, invocando la Ley 721 de 2001, que sólo pueden desarrollar la mencionada actividad los laboratorios legalmente autorizados para ello, debidamente acreditados por la Superintendencia de Industria y Comercio y certificados por un organismo certificador habilitado con ese propósito, requisitos ambos que cumple a cabalidad.
- Aseveró que la Fundación Arthur Stanley Gillow también se dedica a la realización de los referidos exámenes de paternidad, a pesar que no está certificada por un organismo certificador en los términos de la citada Ley 721. Añadió que, no obstante lo anterior, a partir del mes de mayo de 2005 la ahora opositora fija en los juzgados de familia de Bogotá “*y, probablemente, de todo el país*”, unos carteles en los que menciona que está acreditada por la Superintendencia de Industria y Comercio bajo la norma técnica de calidad ISO 17025, que “*incluye la ISO 9001*”, y que su laboratorio opera “*en concordancia con la Ley 721 de 2001*”, afirmaciones ambas que no corresponden a la realidad (fl. 8, cdno. 1).
- Aludió que la entidad demandada, por requerimiento de la Comisión de Acreditación y Vigilancia de los Laboratorios que practican Pruebas de Paternidad o Maternidad con Marcadores de ADN, excluyó de sus anuncios la afirmación según la cual la acreditación bajo la norma ISO 17025 incluye la norma ISO 9001, pero mantuvo la referente a que opera de conformidad con la Ley 721. De acuerdo con la accionante, esta última manifestación, incluida en la publicidad que difunde su contraparte, es falsa e induce en error a los consumidores lo que, de contera, conlleva que la clientela de aquella sociedad mercantil sea desviada en beneficio de la demandada.

- Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía. S. en C. manifestó que la publicidad engañosa a la que se hizo referencia, elaborada por la entidad opositora, resulta contraria a los parámetros normativos contemplados en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996.

1.2. Pretensiones:

La demandante indicó que sus pretensiones corresponden a las establecidas para la acción declarativa y de condena, de conformidad con el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996¹, por lo cual solicitó que se declare la ilegalidad de la publicidad engañosa que la demandada fijó en los despachos judiciales del país, por infringir la prohibición general establecida en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996. Consecuencialmente, pidió que se ordene a su contraparte remover la referida publicidad hasta que la fundación demandada esté certificada en los términos de la Ley 721, así como indemnizar a la actora por los perjuicios que, en la modalidad de lucro cesante, le fueron irrogados (fls. 2 y 3, cdno. 1).

1.3. Admisión de la demanda:

Mediante auto No. 2270 de abril 26 de 2006 se admitió la sustitución de la demanda, que corresponde a los hechos resumidos en el numeral 1.1. anterior².

1.4. Contestación de la demanda:

La Fundación Arthur Stanley Gillow se opuso a las pretensiones de la demanda. Reconoció que fijó en los juzgados de familia de Bogotá publicidad en la que anunciaba que su acreditación bajo la norma técnica ISO 17025 “*incluye la ISO 9001*” y que funcionaba en concordancia con la Ley 721 de 2001, así como que eliminó de su propaganda la primera manifestación mencionada por requerimiento de la Comisión de Acreditación y Vigilancia.

Sin embargo, alegó que su publicidad se adecuó a las normas que regulan la actividad de los laboratorios de genética, puesto que acató el requerimiento de la aludida Comisión, entidad que, aparte de lo relacionado con la expresión “*incluye ISO 9001*”, no encontró manifestación alguna susceptible de inducir en error a los consumidores. Agregó que la afirmación según la cual la fundación demandada funcionaba, durante el año 2005, conforme a la Ley 721 de 2001 no es falsa ni engañosa, pues dicha norma sólo exige que los laboratorios que realizan el examen de paternidad con marcadores de ADN estén acreditados y certificados cuando quieran contratar con el Estado, de modo que “*si el solicitante de la prueba es un particular, ésta puede ser realizada por laboratorios no acreditados*” (fl. 97, cdno. 1).

1 Escrito de Acción, folio 2, cdno. 1.

2 Ver folios 129 y 130, cdno. 1.

Finalmente, la opositora adujo que actualmente está, tanto acreditada mediante la resolución No. 9890 de mayo 5 de 2005, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, como certificada por un organismo certificador habilitado, con el número CO05/2009 a partir del 11 de noviembre de 2005.

1.5. Audiencia de conciliación y decreto de pruebas del proceso:

Vencido el término para contestar la demanda, en aplicación de las facultades conferidas en los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998 y de la Ley 640 de 2001, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación por medio de auto No. 3093 del 8 de junio de 2006, sin lograrse acuerdo que terminara el litigio³.

Mediante auto No. 3920 del 31 de julio de 2006⁴, se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes.

1.6. Alegatos de conclusión:

Practicadas las pruebas decretadas en el proceso y vencido el término probatorio, el Despacho, mediante auto No. 1064 del 23 de marzo de 2007, corrió traslado a las partes para alegar, conforme lo dispone el artículo 414 del C. de P. C⁵.

Dentro del término de traslado la parte demandante reiteró los argumentos que expuso en su demanda, afirmando que la información que se incluyó en la publicidad de su contraparte no era veraz, inducía en error a los consumidores y, en consecuencia, desconoció los parámetros normativos previstos en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996. Agregó que la indemnización de perjuicios por el daño que, en la modalidad de lucro cesante, le fue irrogado, debe ascender a la suma de \$34'368.750, conforme las pruebas aportadas y, especialmente, el dictamen pericial practicado.

La demandada, por su parte, admitió que la información que anunció en la publicidad que importa a las resultas del proceso no era veraz, pero adujo que la misma respondió, no a mala intención, sino a una equivocada interpretación normativa. Agregó que, por esa razón, su conducta no puede ser calificada como contraria a la prohibición establecida en el artículo 7º de la ley de competencia desleal.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Habiéndose agotado las etapas procesales y no presentándose nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

3 Folios 140 a 143, cdno. 1.

4 Folios 151 a 153, cdno. 1.

5 Folio 62, cdno. 3.

2.1. La litis:

Como se precisará a continuación, al tratar el tema de la legitimación de las partes, en este caso se discute si la Fundación Arthur Stanley Gillow vulneró los parámetros normativos previstos en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996 porque entre julio y noviembre de 2005 se publicitó mediante carteles colocados en los juzgados de familia de Bogotá anunciando que operaba de conformidad con la Ley 721 de 2001, a pesar que no estaba certificada por un organismo de certificación transgrediendo el contenido de la citada Ley, conforme apuntó la accionante.

2.2. Legitimación:

2.2.1. Legitimación por 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 este asunto se encuentra acreditado que Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía. S. en C. participa en el mercado a través de la prestación del servicio de realización de exámenes de paternidad con marcadores de ADN. Así se colige de la experticia rendida por el perito designado para este proceso, en la que relacionó, con base en la información contable que le proporcionó la demandante (fls. 279 a 337, cdno. 1), el *“número de exámenes vendidos por el demandante”* entre los años 2004 y 2006 (fls. 267 a 270, *ib.*), a lo que vale agregar que la referida sociedad mercantil se encuentra inscrita en el registro especial de prestadores de servicios de salud llevado por la Secretaría de Salud de Bogotá, según se aprecia en la certificación expedida por esa entidad, visible a folios 254 y 255 del cuaderno 1, en respuesta al oficio No. 1003-083 de 2006, proferido por esta Superintendencia.

Ha de resaltarse que la realización de los actos de competencia desleal imputados a la demandada, consistentes en la difusión de publicidad engañosa, es potencialmente perjudicial para los intereses económicos de la actora, toda vez que su clientela podría ser desviada en beneficio de su contraparte, circunstancia que, evidentemente, privaría a aquella sociedad mercantil de los beneficios pecuniarios que persigue mediante el desarrollo de su objeto social. En otras palabras, aunque la efectiva causación de un perjuicio patrimonial a la entidad demandante es un asunto que se tratará adelante, es innegable que la conducta imputada a la fundación opositora tiene la virtualidad de causar un perjuicio de ese tipo a Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía. S. en C.

2.2.2. Legitimación por pasiva

Acorde con el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, *“[l]as acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal”*.

Con independencia del análisis de lealtad o deslealtad del acto imputado a la demandada (difusión de publicidad engañosa, se reitera), la Fundación Arthur Stanley Gillow está legitimada para soportar la acción en referencia porque reconoció, al contestar la demanda y al absolver interrogatorio de parte a través de su representante legal, que a partir de julio de 2005 difundió, en los juzgados de familia de la ciudad de Bogotá, publicidad en la que anunciaba que su acreditación bajo la norma técnica ISO 17025 “*incluye la ISO 9001*” y que funcionaba en concordancia con la Ley 721 de 2001 (fls. 134, 135 y 235, cdno. 1).

Ahora bien, dado que el reconocimiento de la opositora es la única prueba obrante en el proceso dirigida a demostrar el lugar donde la fundación demandada publicitó sus servicios en la forma señalada en el párrafo anterior (juzgados de familia de Bogotá) y el momento a partir del cual inició esa labor publicitaria (julio de 2005), el análisis de deslealtad que más adelante se avocará estará enmarcado dentro de tales límites temporales.

Debe aclararse, también, que el lapso respecto del cual se evaluará la referida deslealtad será el comprendido entre julio y noviembre de 2005, pues a partir de este último hito temporal la Fundación Arthur Stanley Gillow obtuvo la certificación por parte de un organismo certificador acorde con la Ley 721 de 2001, siendo la ausencia de dicha certificación lo que, según la demandante, le impedía a su contraparte anunciar al público que operaba de conformidad con la referida Ley. Así mismo, aunque la demandada reconoció, en su declaración de parte, que también publicitó sus servicios en su página web y en avisos clasificados, adujo que en tales medios no incluyó la manifestación que motivó la demanda de la sociedad mercantil actora (fl. 232, cdno. 1), afirmación que no fue desvirtuada por esta última, razón por la que el análisis de deslealtad se limitará a la publicidad difundida mediante carteles ubicados en los ya señalados juzgados de familia.

Además, es claro el libelo genitor al referirse, de modo exclusivo, a la publicación escrita en los juzgados de familia de la ciudad de Bogotá.

En conclusión, el acto que, independientemente de su deslealtad, se demostró que realizó la Fundación Arthur Stanley Gillow, consiste en que, sin estar certificada acorde con la Ley 721 de 2001, entre julio y noviembre de 2005 se publicitó mediante carteles ubicados en los juzgados de familia de Bogotá anunciando que operaba de conformidad con aquella Ley.

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

2.3.1. Ámbito objetivo

Según el artículo 2º de la citada Ley de competencia desleal, *“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 está demostrado que el acto señalado como desleal, consistente en la difusión de la publicidad que, según la demandante, resulta engañosa, es realizado por la demandada en el mercado y con una finalidad concurrencial, esto es, *“con el propósito de*

*atraer o captar una clientela actual o potencial*⁶. Así ha de concluirse en tanto que, probada como está, en virtud del reconocimiento de la demandada, que ella publicitó sus servicios en los juzgados de familia de Bogotá entre los meses de julio y noviembre de 2005, afirmando que operaba de conformidad con las disposiciones de la Ley 721 de 2001, debe tenerse por verificada la presunción prevista en el inciso final del citado artículo 2º de la Ley de competencia desleal, pues resulta evidente que la promoción de los servicios de la ahora opositora en las condiciones temporales y espaciales descritas es un acto objetivamente idóneo para mantener o incrementar su participación en el mercado, en este caso de la ciudad de Bogotá.

2.3.2. Ámbito subjetivo

Dispone el artículo 3º de la Ley 256 de 1996 que dicha normativa “*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 asunto *sub exámine* ya se aclaró que las partes de este proceso participan en el mercado mediante la prestación del servicio de realización de exámenes de paternidad con base en marcadores de ADN. Así se acreditó, como ya fuera mencionado respecto de la demandante al analizar la legitimación por activa, con el dictamen pericial rendido por el economista René Gutiérrez Pérez, en donde se relacionó, con base en la información contable que suministraron las partes de este proceso (fls. 279 a 462, cdno. 1), la cantidad de exámenes vendidos por cada una de ellas entre los años 2004 y 2006 (fls. 267 a 272, *ib.*), aspecto al que resta agregar que los referidos litigantes reconocieron mediante apoderado judicial, en sus correspondientes actos de postulación (art. 197, C. de P. C.), que intervienen en el mercado y, de hecho, que tienen una relación de competencia ente sí.

2.3.3. Ámbito territorial

Acorde con el artículo 4º de la Ley 256 de 1996, “*esta Ley se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano*”.

En este caso, los efectos de los actos imputados a la Fundación Arthur Stanley Gillow, es decir, la difusión de publicidad engañosa, están llamados a producirse, principalmente, en los juzgados de familia ubicados en la ciudad de Bogotá, en tanto que esa es el área de influencia de la referida propaganda.

2.4. Análisis de la deslealtad del acto concurrencial ejecutado por la demandada:

El análisis de deslealtad que ahora se acomete consistirá, como ya fue especificado, en evaluar si la demandada contrarió los parámetros normativos previstos en el artículo 7º de la Ley de competencia desleal por difundir publicidad en los juzgados de familia de la

6 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 9 de 2002, exp. 6869. Citada en el auto No. 3777 de octubre 20 de 2004, proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

ciudad de Bogotá, entre los meses de julio y noviembre de 2005, anunciando que funcionaba de conformidad con la Ley 721 de 2001, a pesar de que durante ese lapso la Fundación Arthur Stanley Gillow no estaba certificada por un organismo certificador.

2.4.1. Publicidad engañosa

La publicidad, entendida como la *“comunicación impersonal, que a través de la utilización de medios de difusión pretende dar a conocer a sus destinatarios (...) un servicio que ofrece un anunciante, con el fin de informar acerca de su existencia, persuadir o influir en su compra, o generar su aceptación o recordación”*⁷, se torna engañosa y, por tanto, desleal, en los eventos en que *“el mensaje que difunde un anunciante (...) contiene elementos que son susceptibles de generar en los receptores del mismo, un concepto equivocado de la realidad o del producto que se anuncia, o lo que es igual, cuando el mensaje publicitario es capaz de generar en los consumidores a los que se dirige una representación distorsionada de la realidad”*⁸.

El descrito efecto nocivo puede verificarse no sólo en los casos en que las características y propiedades del producto o servicio que se anuncian al público sean falsas, sino también en aquellos que, aunque verdaderos, los datos otorgados tengan la virtualidad de engañar al destinatario del mensaje y, además, en eventos en los que el anunciante elude su obligación de suministrar la información suficiente sobre las características del bien o servicio que promociona, esto es, la *“necesaria o idónea para que el consumidor se forme una opinión acerca de la oferta planteada y tome una decisión de si aceptar o rechazar la misma”*⁹.

Ahora bien, con miras a establecer si la información suministrada por el anunciante es suficiente y no da lugar a confusión, debe evaluarse el mensaje en cuestión atendiendo su contenido y la interpretación que un consumidor medio o racional le daría, pues este no realiza un examen profundo y minucioso del mensaje, sino uno superficial. Por esto, *“para determinar cuándo la publicidad es o no engañosa ... no se deben tener en consideración aquellas distinciones o argumentos que se puedan usar como excusa, sino los efectos que podría causar razonablemente el anuncio, en el público general. El criterio importante es la impresión global que genere el anuncio en la población general”*¹⁰.

2.4.2. La fundación demandada contrarió el principio de buena fe comercial

Remembrando el concepto de la buena fe comercial, cumple señalar que dicho principio se ha entendido como la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, *“de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios”*¹¹, o, como lo ha establecido este Despacho en pretérita oportunidad, como *“la*

7 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 32.749 de diciembre 29 de 2004.

8 *Ibidem*.

9 Jaeckel Kovacs, Jorge. Publicidad Engañosa. Análisis Comparativo. Revista Jurisconsulto. Cámara de Comercio de Bogotá. Número 8. 2004. Pág. 16.

10 *Ibidem*.

11 Narváez G., José Ignacio. “Introducción al Derecho Mercantil”. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 1995. pág. 252.

*práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones*¹², que les permite obrar con la “conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico”¹³.

En el asunto *sub examine* se tiene que, de conformidad con los artículos 1º y 10º de la Ley 721 de 2001, las experticias orientadas a establecer la paternidad o maternidad -como lo son los exámenes que con base en marcadores de ADN realizan las partes- que se practiquen con el fin de ser presentadas como pruebas en procesos en los que se pretenda establecer precisamente la paternidad o maternidad de una persona, están a cargo del Estado “quien los realizará directamente o a través de laboratorios públicos o privados, debidamente acreditados y certificados”^{14 15} (se resalta).

Así mismo, está acreditado que entre el mes de julio y el 11 de noviembre de 2005 la fundación demandada se publicitó en los juzgados de familia anunciando que operaba de conformidad con la citada Ley 721, aspecto fáctico que, como ya fue precisado, reconoció la demandada al contestar la demanda y al absolver interrogatorio de parte (fls. 134, 135 y 235, cdno. 1). Así se advierte de la contestación de la opositora al hecho primero de la demanda, en donde afirmó “es cierto que la Fundación Arthur Stanley Gillow (...) luego de la acreditación, fijó en las carteleras de los Juzgados de Familia de Bogotá, D.C., la propaganda transcrita en el hecho que se responde” (fl. 134, ib.) transcripción que, vale aclararlo, incluía la manifestación de que la demandada opera “en concordancia con la Ley 721 de 2001”. También aseveró la misma fundación, al rendir su declaración de parte, que la publicidad en cuestión consistió “en un cartel, tamaño carta de color amarillo, que se fijó en los Juzgados de Familia a partir de mediados de julio del 2005”, del cual obra una copia en el expediente, que incluye la ya transcrita manifestación en relación con el funcionamiento de la demandada acorde con la citada Ley 721 (fl. 162, ib.).

12 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 17.710 de 2005.

13 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 3-IP-99, citado en la sentencia No. 006 de junio 15 de 2007, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

14 Ley 721 de 2001, art. 1º. El artículo 7º de la Ley 75 de 1968, quedará así: Artículo 7º. En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

Art. 10º. La realización de los esperticios (sic) a que se refiere esta ley estará a cargo del Estado, quien los realizará directamente o a través de laboratorios públicos o privados, debidamente acreditados y certificados.

Parágrafo 1º. La acreditación y certificación nacional se hará una vez al año a través del organismo nacional responsable de la acreditación y certificación de laboratorios con sujeción a los estándares internacionales establecidos para pruebas de paternidad.

Parágrafo 2º. Todos los laboratorios de Genética Forense para la investigación de la paternidad o maternidad deberán cumplir con los requisitos de laboratorio clínico y con los de genética forense en lo que se refiere a los controles de calidad, bioseguridad y demás exigencias que se reglamenten en el proceso de acreditación y certificación.

15 De conformidad con el Decreto 2112 de 2003, reglamentario de la Ley 721 de 2001, por **certificación** se entiende el “procedimiento mediante el cual los organismos certificadores debidamente acreditados expiden la constancia por escrito o por medio de un sello de conformidad, que los servicios que se prestan en los laboratorios de genética públicos o privados donde se realizan las pruebas de paternidad o maternidad con marcadores genéticos de ADN, cumplen con los requisitos establecidos en la norma técnica u otro documento normativo respectivo”, mientras que **acreditación** es el “es el proceso voluntario mediante el cual los laboratorios de genética públicos o privados que practican pruebas de paternidad o maternidad con marcadores genéticos de ADN, demuestran el cumplimiento de estándares internacionales definidos y aprobados por la Comisión de Acreditación y Vigilancia” (art. 1º, D. 2112/03).

La información suministrada con la publicidad de la demandada (*operamos ... en concordancia con la Ley 721 de 2001*), aunque se tuviera por verdadera en la medida en que el requisito adicional de la certificación, al que hace referencia el artículo 10º de la Ley 721 de 2001, es indispensable para la práctica de experticias destinadas a presentarse como pruebas en procesos en los que se discuta la paternidad o maternidad de una persona, pero no para exámenes realizados con otros fines (para el conocimiento privado del interesado, por ejemplo), resultó engañosa en la medida en que, por las condiciones en que era comunicada al público, podía crear en los consumidores la idea equivocada de que los resultados de las experticias practicadas por la demandada cumplían los requisitos previstos en la citada Ley 721 para ser tenidos como pruebas ante las autoridades jurisdiccionales que desaten conflictos relacionados con la paternidad o maternidad, lo que, acorde con los artículos 1º y 10º, *ibídem*, no era cierto.

En efecto, palmario resulta, dando aplicación a las reglas de la experiencia y haciendo un análisis global y superficial del mensaje como el que realizaría un consumidor promedio, que si esa persona, interesada en las resultas de un proceso judicial en el que se discute la paternidad o maternidad, en las afueras -o inclusive dentro- del juzgado encuentra un anuncio en el que se afirma que la Fundación Arthur Stanley Gillow realiza experticias de paternidad con base en marcadores de ADN y de conformidad con la Ley 721 de 2001, concluirá que el examen que se le ofrece servirá para los fines de resolver el litigio que lo llevó al juzgado donde encontró el comentado anuncio y, con esa idea, errónea según se ha explicado, podrá llegar a contratar los servicios de la Fundación Arthur Stanley Gillow. El consumidor promedio, por supuesto, no analizará profundamente la afirmación que planteó la demandada ni, por esa vía, considerará la posibilidad que dicha institución cumpla con los requisitos establecidos por la Ley 721, no para el evidente propósito de servir de prueba en el litigio de su interés, sino para otros fines distintos a la realización de una experticia en aras de presentarla ante un juez, pues el medio y el contexto en el que el mencionado consumidor percibió el mensaje no le permitirán llegar a ese nivel de análisis, que no le es para nada exigible, por la misma razón.

La deslealtad de la difusión de la descrita publicidad que, se itera, tiene el carácter de engañosa, adquiere mayor evidencia por las implicaciones que en procesos de tan trascendental importancia, como son los orientados a establecer la paternidad o maternidad de una persona, podría conllevar la presentación como prueba de una experticia que no se hubiera elaborado con apego a lo normado en la Ley 721 de 2001, a espacio resaltado, pues, como lo ha dejado sentado por la Corte Suprema de Justicia, ninguna eficacia probatoria tienen los exámenes de paternidad basados en marcadores genéticos de ADN realizados por laboratorios que no reúnen los requisitos de certificación y acreditación que ya se han mencionado (Cas. Civ. Sent. de diciembre 19 de 2005, exp. 0642), circunstancia que implicaría privar a los litigantes de una probanza dotada de una gran probabilidad de acierto, y abandonarlos a los demás medios ordinarios de prueba para establecer los hechos de la presunción de paternidad, ciertamente menos contundentes que la experticia referida.

Agrégase a lo recién anotado, que no es relevante que la intención del anunciante no haya sido inducir en error a los consumidores o que sus afirmaciones derivaran de una equivocada interpretación normativa, puesto que, como ya se apuntó, el criterio

determinante para establecer el carácter engañoso de un anuncio publicitario es la impresión global que la información suministrada le genere al consumidor.

Puestas de este modo las cosas, es evidente que la fundación demandada vulneró el principio de buena fe comercial al anunciarse en la forma comentada entre los meses de julio y noviembre de 2005, pues no actúa “*honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios*”¹⁶, quien a base del suministro de información equívoca e incompleta pretende conquistar la clientela disponible en un determinado mercado.

La declaración de deslealtad solicitada en la primera pretensión del libelo demandatorio, entonces, se abre a paso en lo relacionado con la publicidad que la Fundación Arthur Stanley Gillow utilizó en los juzgados de familia entre julio y noviembre de 2005. Sin embargo, el segundo pedimento, consistente en que se le prohíba a la opositora utilizar la publicidad materia del litigio hasta que esté certificada, será despachado desfavorablemente por falta de objeto, en tanto que la demandada, que estaba acreditada por la Superintendencia de Industria y Comercio desde el mes de mayo de 2005, obtuvo la certificación de un organismo certificador idóneo a partir del 11 de noviembre del mismo año, de donde se sigue que al momento de presentación de la demanda que dio lugar a este proceso, la opositora estaba habilitada para anunciar que opera de conformidad con la Ley 721 de 2001.

2.5. Improcedencia de la indemnización de perjuicios, en la modalidad de lucro cesante, pretendida por la parte actora:

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 aquella¹⁷, 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*” (se subraya, Cas. Civ. Sent. de abril 4 de 2001, exp. 5502).

También ha sentado la mencionada Corporación, en consonancia con el artículo 177 del C. de P. C., que, por regla general, “*incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama, de modo que no le es dado a éste conformarse con probar simplemente el incumplimiento, por parte del demandado, de la obligación genérica o específica de que se trate, puesto que la infracción de la misma no lleva ineludiblemente consigo la producción de perjuicios*” (Cas. Civ. Sent. de julio 27 de 2001, exp. 5860), perjuicio que, para ser indemnizable, debe ser cierto, esto es, “*que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el*

16 Narváez G., José Ignacio. “Introducción al Derecho Mercantil”. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 1995. pág. 252.

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

demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha" (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. de mayo 21 de 1998, exp. 10.479).

En el asunto *sub lite*, corresponde denegar la pretensión indemnizatoria incoada por la demandante porque ella, a quien incumbía la prueba, no demostró las ganancias ciertas que, con ocasión de la conducta desleal realizada por su contraparte, dejó de percibir, esto es, la clientela que habría acudido a ella de no haberse presentado la publicidad engañosa que la demandada fijó en los juzgados de familia de Bogotá entre julio y noviembre de 2005.

En efecto, además de la ausencia de medio de prueba alguno que permita tener por cierto el fundamento de la reclamación indemnizatoria de la actora, el perito designado en este proceso dictaminó, en forma contundente y reiterada, con base en la información contable que le proporcionaron las partes sobre las ventas y la rentabilidad que cada una de ellas registró entre los años 2004 y 2006, que no existe prueba *"concreta del presunto daño causado por la Fundación Arthur Stanley Gillow a Servicios Médicos Yunis Turbay S. en C. en lo que respecta al posible lucro cesante originado por publicidad incorrecta durante el período de mayo de 2005 a noviembre 10 del mismo año"* (fl. 5, cdno. 3).

La recién mencionada conclusión la fincó el perito, en lo medular, en que *"Servicios Médicos Yunis experimentó un crecimiento real que excede el crecimiento del PIB de la economía en ese año en un margen considerablemente alto* (fl. 274, cdno. 1); que el único período en que una disminución de las ventas de la actora coincidió con un aumento en las de la demandada (octubre de 2005) no es indicativo de desviación de la clientela, *"por los bajos niveles absolutos de la segunda frente a la primera, es decir mientras Servicios Médicos Yunis perdió 235 exámenes durante octubre frente a septiembre, Fundación Gilow ganó 23 exámenes en el mismo lapso, cifra que a todas luces es insuficiente para explicar la caída de la demandante y menos para asegurar que se desviaron exámenes de la una a la otra* (se subraya, fl. 4, cdno. 3), y, adicionalmente, que no encontró prueba para colegir que los aumentos en las ventas de la demandada *"se haya hecho a partir de un menoscabo de la demanda atendida por Servicios Médicos Yunis y Cía. S. en C., ya que allí también se creció en términos reales durante el período de afectación de la propaganda engañosa"* (fl. 272, cdno. 1).

A fin de corroborar su dictamen, el perito destacó, con base en la información recaudada en una encuesta de satisfacción que la fundación demandada realizó entre los usuarios de su servicio de realización de pruebas de paternidad, *"que en el período julio de 2005 a octubre de 2005 sólo se recibieron 3 tríadas de pruebas por el canal de juzgados. Estos exámenes no se puede asegurar que fueran desviados de la demanda de Servicios Médicos Yunis, ya que existen otros actores en el mercado"* (fl. 274, cdno. 1).

Las conclusiones del perito son de recibo, no sólo por la ausencia de toda prueba en contrario y porque el dictamen no fue objetado por las partes, sino también por la fuente de la información que le sirvió de asidero al experto -que proviene directamente de los implicados-, la especialidad del mismo y, especialmente, por el método aplicado, consistente en la comparación de las ventas y ganancias que, entre los años 2004 y 2006, percibieron los contendientes, el que luce idóneo para determinar si la publicidad engañosa que la demandada ubicó exclusivamente en los juzgados de familia de Bogotá desvió la

clientela de la actora en beneficio de aquella, aspecto fáctico que como reiteradamente se ha dicho, no fue acreditado en el proceso.

Resta agregar, sobre estos particulares, que la declaración de la existencia de un acto de competencia desleal no supone -indefectiblemente- la causación de un daño patrimonial específicamente a uno de los participantes en el mercado. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“son tres las etapas que pueden constituir el iter de la competencia desleal: la producción de actos capaces de originar confusión, desviación o desorganización; la efectiva confusión, desviación o desorganización como consecuencia de tales actos, y la generación de perjuicios reales y cuantificables con causa en las situaciones anteriores. Desde luego que la acción que ampara la libre competencia, excluyendo los factores de perturbación (competencia desleal), procede desde la primera etapa con independencia de la efectiva confusión, desviación o desorganización y de la real causación de perjuicios, pues estos sólo son indemnizables en tanto se hayan producido y sean cuantificables en dinero. De modo que cada etapa ofrece naturalmente la pretensión para debatir, así: en la primera se pretenderá hacer cesar los comportamientos con la potencialidad vista, y en la segunda y tercera, ponerle fin a los efectos nocivos y obtener el resarcimiento del daño padecido” (se subraya, Cas. Civ. Sent. de noviembre 19 de 1999, exp. 5091).*

Con base en lo anterior, en este caso se concluye que, independientemente de los efectos nocivos que pudieron ocasionarse en el mercado debido a la publicidad engañosa de la demandada, Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía. S. en C. no probó que la clientela de su contraparte hubiera sido conquistada específicamente como consecuencia del acto reprochable que realizó y, aunque así lo hubiera probado, no demostró que dicha clientela engañada, de no haberse presentado la publicidad desleal, hubiera acudido a su establecimiento de comercio, circunstancia que si bien es posible, no deja de aparecer como meramente hipotética ante la existencia de otros oferentes del mismo servicio y la ausencia de toda prueba en ese sentido.

En consecuencia, dado que la demandante no probó que se le hubiera causado un daño cierto –y, por ello, indemnizable- en la modalidad de lucro cesante, la pretensión indemnizatoria será denegada, sin que sea necesario abordar el tema de la probable causación de un perjuicio en la modalidad de daño emergente, pues eso no hacía parte de las pretensiones del actor (art. 305, C. de P. C.).

2.6. Desviación de la clientela:

Aunque este punto apenas se mencionó en forma aislada en el libelo introductorio de este proceso abreviado, el Despacho considera pertinente aclarar que el particular acto desleal en estudio no fue acreditado, pues no aparece elemento de juicio alguno que, siquiera, permita tener por cierto que la clientela de la demandada le fue arrebatada a su contraparte, de donde se sigue la innecesiedad de determinar si ese efecto fue ocasionado o no por una conducta proscrita por la Ley de competencia desleal. Nótese, para concluir, que la orfandad probatoria recién resaltada en el asunto que ahora se considera, fue también mencionada por el perito designado, quien destacó, con base en la información obtenida por la demandada a través de una encuesta entre sus clientes, que

sólo tres de ellos conocieron la entidad mediante la publicidad difundida en los juzgados de familia de Bogotá, conclusión pericial que, se itera, no fue objetada (fl. 4, cdno. 3).

3. DECISIÓN

En mérito de 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:

1. **Declarar** que la Fundación Arthur Stanley Gillow infringió la prohibición establecida en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996 por difundir en los juzgados de familia de Bogotá, entre los meses de mayo y noviembre de 2005, publicidad engañosa, acto éste contrario al principio de buena fe comercial.
2. **Desestimar** las demás pretensiones mencionadas en la demanda en virtud de lo consignado en la parte motiva de esta sentencia.
3. **Condenar** en costas a la parte demandada en un 50%, en virtud de la prosperidad apenas parcial de las pretensiones (num. 6º, art. 392, C. de P. C.).

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Sentencia para cuaderno 3

Doctor
MANUEL JOSÉ RICARDO ARANGUREN
Apoderado
SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CÍA. S. EN C.
C.C. No. 14.219.151 de Cali.
T.P. No. 46.341 del C.S. de la J.

Doctor
FELIPE PÉREZ CABRERA
Apoderado
FUNDACIÓN ARTHUR STANLEY GILLOW
C.C. No. 17.122.608
T.P. 6.986 del C.S. de la J.

