



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

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil seis (2006).

Sentencia N° _____

Por la cual se decide un proceso por competencia desleal

Expediente N° 02-088118

Proceso abreviado por competencia desleal

Demandantes: Comercializadora General G y G Ltda.

Demandado: Aganar S.A. y Caja de Compensación Familiar Cafam

Decide este despacho la demanda por competencia desleal instaurada por la sociedad Comercializadora General G y G Ltda. (en adelante G y G Ltda.) contra la sociedad Aganar S.A. y la Caja de Compensación Familiar Cafam, (en adelante Cafam).

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La sociedad Comercializadora General G y G Ltda., mediante escrito de fecha 1° de octubre de 2002¹, presentó demanda por competencia desleal declarativa y de condena contra la sociedad Aganar S.A. y la Caja de Compensación Familiar CAFAM, por considerar que estas incurrieron en actos incluidos en la prohibición general de actos de competencia desleal, actos de desorganización y actos de inducción a la ruptura contractual, conductas prohibidas por los artículos 7, 9 y 17 de la Ley 256 de 1996.

1.2. Fundamentos de la demanda

Según la actora, las partes demandadas incurrieron en “*eventos clásicos de actos de competencia desleal*”, como son:

“Actos Desleales Encaminados a la Inducción de la Ruptura Contractual:

En los acercamientos y en la relación que por fuera de los términos contractuales mantuvieron Aganar S.A. y la Caja de Compensación Familiar – Cafam, se incurrieron en conductas y en la realización de actos considerados desleales y tendientes a inducir en la ruptura contractual (...)”

Fundamenta esta afirmación en los siguientes hechos:

- (i) G y G Ltda. y Cafam celebraron el contrato de concesión CC97446 que facultaba a la demandante para vender apuestas en los supermercados Cafam, acuerdo que se fue prorrogando por períodos iguales al inicialmente pactado.
- (ii) Para el desarrollo del citado contrato de concesión, la actora celebró una serie de contratos de asociación con Aganar S.A. para explotar, en participación, los puntos de venta de Cafam en Bogotá.
- (iii) La demandante cumplió irregularmente sus obligaciones de pago derivadas de su contrato con Cafam, por lo cual intentó, sin éxito, una negociación para ponerse al

¹ Cuaderno 1, folios 1 a 20.

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 2

- día con los pagos atrasados, a fin de continuar con la ejecución del contrato con Cafam y evitar la terminación de uno de asociación que tenía con Aganar S.A.
- (iv) La sociedad Aganar S.A. mantuvo acercamientos y conversaciones con Cafam, los cuales tenían *“como único objetivo que dicha entidad [Cafam] cancelara el contrato que había suscrito con la Comercializadora General G y G Ltda. basándose en conductas que tenían como principal propósito desprestigiar y/o desacreditar la actividad y el buen nombre de la Comercializadora, presentando información que perjudicaba directamente los intereses legítimos de la misma”*.
- (v) Aganar S.A. eliminó a G y G Ltda. del mercado y se quedó con el negocio de ventas de apuestas en Cafam, pese a que el 27 de agosto de 2001 le había manifestado a la demandante que el negocio era poco rentable.
- (vi) Las comunicaciones cruzadas entre las demandadas el mes de octubre de 2001 determinan que estaban ejecutando actos de competencia desleal y la suscripción entre ellas de un contrato de concesión el 15 de diciembre de 2001 son el resultado de un trabajo premeditado, deliberado y desleal por parte de sociedad Aganar S.A. y de la Caja de Compensación Familiar – Cafam.

Concluye la demandante: *“Es por todo lo anterior, que la sociedad Aganar S.A. y la Caja de Compensación Familiar Cafam han incurrido en una flagrante violación de las normas de competencia desleal, al provocar dolosamente la ruptura de las relaciones contractuales existentes entre dicha Caja y la sociedad Comercializadora General G y G Ltda.”*

1.3. Pretensiones

Las pretensiones de la demandante son las siguientes²:

- Se declare la ilegalidad de los actos realizados por las demandadas Aganar S.A. y Caja de Compensación Familiar CAFAM, por constituir actos de competencia desleal de acuerdo a los artículos 7, 9 y 17 de la Ley 256 de 1996.
- Se ordene a las demandadas la suspensión inmediata de las conductas calificadas como de competencia desleal y remover los efectos producidos por dichos actos.
- Se condene a la demandada a pagar la indemnización de los perjuicios causados a la actora, así como al pago de las costas del proceso.

1.4. Admisión de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Auto N° 02844 del 6 de noviembre de 2002 se declaró incompetente para conocer la demanda en el proceso de la referencia.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante contra el Auto N° 02844 de 2002, este fue revocado por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, M.P., José Elio Fonseca Melo, mediante sentencia del 4 de noviembre de 2003.

Mediante Resolución N° 37353 de 31 de diciembre de 2003³, esta Superintendencia ordenó el inicio del respectivo proceso por competencia desleal contra Aganar S.A. y la Caja de Compensación Familiar CAFAM.

² Cuaderno 1, folios 1 y 2.

³ Cuaderno 1, folios 108 a 111.

1.5. Contestación de la demanda

Descorrido el traslado de la demanda a Aganar S.A. y a Cafam, estas intervinieron a través de sus respectivos apoderados para ejercer su defensa, argumentando fundamentalmente lo siguiente:

1.5.1. Aganar S.A.⁴:

No es cierto que G y G Ltda. hubiese celebrado con Cafam un contrato de concesión de puntos de venta de lotería, apuestas y juegos de azar, en los términos referidos en la demanda, pues según el contrato aportado por la demandante, el contrato fue celebrado entre la sociedad Comgenal Ltda. y Cafam.

Es cierto que:

- (i) Celebró con G y G Ltda. un contrato de asociación para la explotación de 31 puntos de ventas en Cafam a partir de diciembre 1° de 2000.
- (ii) Suscribió con G y G Ltda., el 31 de agosto de 2001, un nuevo contrato de asociación para la explotación en participación de puntos de venta de apuestas permanentes en Cafam, con una duración de 12 meses a partir del 1° de septiembre de 2001 hasta el 31 de agosto de 2002.
- (iii) Comunicó a G y G Ltda., en escrito del 27 de agosto de 2001, su decisión de dar por terminado dicho contrato de asociación.
- (iv) Envío a Cafam el día 16 de octubre de 2001 una carta manifestándole la posibilidad de adjudicarles la concesión que hasta la fecha tenía G y G Ltda.
- (v) Dijo a Cafam, en comunicación de fecha 29 de octubre de 2001, que le remitía “*de acuerdo a lo acordado (...) los comprobantes de pago a Comercializadora G&G, desde el mes de enero a la fecha*”.

Frente a las pretensiones de la demandante, señaló que carecen de fundamento de hecho y de derecho porque “*entre la demandante y la firma AGANAR S.A. sí se celebró el contrato de asociación aludido, pero, el mismo terminó por vencimiento del término.*”

”También es claro, que AGANAR S.A. no ha ejercido mecanismos de competencia desleal, pues la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – CAFAM – fue la entidad que concedió a posteriori contrato de concesión a mi representada AGANAR S.A., esto sí, una vez terminado el aparentemente suscrito con la demandante, pues, la sociedad Comercializadora General G Y G LTDA. no puede alegar ser víctima de su propia culpa.”

Señaló que la actora carece de legitimidad para actuar en tanto, según el contrato de concesión allegado con la demanda, la sociedad llamada a demandar no sería G y G Ltda. sino Comgenal Ltda. También afirmó que el ejercicio de la acción por parte de la actora representa un cobro de lo no debido en tanto no le asiste ningún derecho para tal acción y, por lo mismo, el cobro de dineros para la obtención de beneficios pecuniarios “*conllevarían a estar la demandante sujeta a un enriquecimiento sin causa, en desmedro del mismo pecunio de la demandada, en este caso mi amparada AGANAR S.A.*”

1.5.2. Cafam⁵:

⁴ Cuadeno 1, folios 118 a 122.

⁵ Cuaderno 1, folios 126 a 147.

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 4

Aceptó como cierto que:

- (i) Celebró con la parte demandante el contrato de concesión referido en los hechos de la demanda y aporta copia del mismo, porque advierte que la demandante no lo aportó al ejercitar la acción.
- (ii) Envío a G y G Ltda. una carta fecha 24 de agosto de 2001, en la cual le notificó el incumplimiento del contrato, advirtiéndole que esa omisión era causal de terminación.
- (iii) Suscribió con G y G Ltda. un otrosí al contrato de concesión.
- (iv) Solicitó a la actora, mediante memorando del 17 de octubre de 2001, el pago del seguro de cumplimiento de responsabilidad civil.
- (v) Informó a la demandante, por escrito del 1° de noviembre de 2001, que daba por terminado, unilateral e inmediatamente, el contrato de concesión N° CC97446.
- (vi) El 29 de octubre de 2001 recibió una carta de Aganar S.A. en la cual le informó: *“de acuerdo a lo acordado, atentamente me permito remitirle los comprobantes de pago a Comercializadora G&G, desde el mes de enero a la fecha”*.

Frente a las pretensiones, señaló que carecen de fundamento y que deben desestimarse, por cuanto el accionar de Cafam se limitó a ejercer legalmente un derecho que le asiste de acuerdo con un contrato celebrado con la actora y de ninguna manera con la intención de actuar deslealmente en el mercado.

Dijo que *“en atención a que el actuar de Cafam se debió a su legítimo derecho de dar por terminado un contrato atendiendo expresas causales, tanto legales como contractuales (...) mal puede establecerse que sus actos son contrarios a la ley y mucho menos imputarle que tales actos hubieren afectado gravemente la actividad comercial a la accionante.”*

Advirtió que el reconocimiento y pago de los perjuicios de daño emergente y lucro cesante tal y como están planteados en la demanda están soportados en el contrato mismo y no fruto de las acciones de competencia desleal, por lo cual su reclamación deberá ventilarse por la vía del tribunal de arbitramento. Con respecto a los alegados perjuicios provenientes del daño en el good will, señala que la buena reputación que reclama la actora no tiene fundamento, pues ese good will debe ser evaluado sobre la base de un contratante permanentemente moroso a quien le han sellado sus puntos de venta por obrar de manera ilegal y vender productos contrariando las disposiciones legales.

Resaltó que los móviles que llevaron a Cafam a tomar la decisión de dar por terminado el contrato con G y G Ltda. fueron los incumplimientos reiterados del contrato por parte de esta última, pues fue morosa en el pago de las prestaciones mensuales a Cafam; incumplió el pago de las pólizas de seguros; incumplió las disposiciones que rigen la venta de apuestas ocasionando que varios de los locales concesionados fueran sellados por las autoridades; dio lugar que gremios y asociaciones de apostadores presentaran quejas por anomalías en las concesiones de Cafam relacionadas con las ventas de apuestas; incumplió otros deberes contractuales para con Cafam y deberes como comerciante.

Manifiestó que los reiterados incumplimientos del contrato de concesión por parte de la actora la han llevado, por sí sola, a sacarse del mercado sin la ayuda de un tercero, y mal se puede afirmar que esa consecuencia sea el resultado de un trabajo premeditado deliberado y desleal entre Cafam y Aganar S.A. para sacarla del mercado.

Concluyó que la evidente falta de diligencia de la accionante en el cumplimiento de sus obligaciones fueron razones suficientes para que Cafam decidiera terminar el contrato, como

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 5

de forma oportuna y a manera de prevención se le hizo saber, por lo cual, requiriendo de otro comerciante que pudiera cumplir en debida forma los puntos de venta, eligió a Aganar S.A., quien le demostró a Cafam su capacidad de cumplir con ese tipo de contratos.

1.6. Audiencia de conciliación y decreto de pruebas del proceso

Vencido el término para contestar la demanda, dando cumplimiento a la Ley 640 de 2001, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación, la cual fue celebrada el día 26 de febrero de 2004 sin que las partes llegaran a un acuerdo⁶. Mediante Auto N° 2933 del 25 de agosto de 2004⁷, se decretaron las pruebas del proceso.

1.7. Alegatos de conclusión

Practicadas las pruebas decretadas y vencido el término probatorio, esta Superintendencia, mediante Auto N° 1000 del 28 de febrero de 2006⁸, corrió traslado a las partes del proceso para alegar, conforme al artículo 414 del Código de Procedimiento Civil.

Transcurrido el término del traslado, la parte demandante no presentó ningún alegato, mientras que las dos demandadas alegaron lo siguiente:

1.7.1. Aganar S.A.:

Pidió que se denieguen las peticiones incoadas por la demandante, porque nunca se probó que las demandadas hubiesen tenido el ánimo de *“comprometer tanto patrimonialmente como comercialmente la libre competencia que ejercía la Comercializadora G y G Ltda., dentro de la relación comercial existente (...)”*

Cuestionó que se le pueda endilgar a las demandadas responsabilidad por atentar contra las sanas costumbres mercantiles, la buena fe comercial, usos honestos en materia comercial e inducir a la ruptura contractual, cuando fue la demandante quien realmente incumplió su deberes contractuales para con Cafam, principalmente la obligación de pago y *“la obligación de dejar participar libremente a la sociedad AGANAR dentro de las instalaciones del (sic) los supermercados para vender chance (...)”*.

1.7.2. Caja de Compensación Familiar CAFAM:

Reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda, complementándolos con un recuento de la actuación procesal, resaltando la inasistencia de la actora y de su apoderado a diversas diligencias, en particular, a la práctica de los interrogatorios de parte practicados a las partes demandadas, a la recepción del testimonio de Isabel Victoria de Plaza Buriticá y a la inspección judicial en Cafam imposibilitando la práctica de esa prueba. Advirtió que la demandante no acreditó la entrega de gastos periciales al perito contable designado para practicar un dictamen pericial, dando lugar que se tuviera por desistida la prueba pericial decretada, conductas procesales que en su opinión, deben ser tenidas en cuenta en la valoración del acervo probatorio.

⁶ Cuaderno 1, folios 203 y 204.

⁷ Cuaderno 1, folios 239 a 243.

⁸ Cuaderno 2, folio 1.

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 6

Señaló que los testimonios rendidos por Isabel Victoria de Plaza Buriticá y Miguel Eduardo González Bohórquez, así como las pruebas documentales, demuestran que la actora incurrió en incumplimientos contractuales para con Cafam.

Indicó que el representante legal de la actora, en interrogatorio de parte, no admitió los incumplimientos de su contrato con Cafam, en clara contradicción con las pruebas documentales, lo cual, junto con la negativa de la parte a contestar y sus respuestas evasivas, debe ser considerado por el despacho.

Presentó algunas consideraciones sobre el concepto de competencia desleal, remitiendo a conceptos de esta Superintendencia y apartes de sentencias de la Corte Constitucional, para indicar que las normas de competencia desleal reprimen los medios indebidos para competir y que *“a nadie le puede haber en la cabeza, que dar por terminado un contrato debido a su incumplimiento y reemplazar a ese contratista incumplido por otro que sí otorgue las garantías para poder seguir adelantando las operaciones mercantiles incumplidas, sea un acto contrario a la libre competencia. Solamente, el ánimo de causar perjuicios e incomodidad y el deseo de reclamar una indemnización (por lo más indebida) pueden ser la excusa para poner en funcionamiento todo un trámite procesal sin sentido alguno, en el que además se abandonó por completo la etapa procesal, o se la obstruyó cuando se pudo.”*

Hizo referencias a los presupuestos de aplicación de las normas de competencia desleal y a doctrina de esta Superintendencia sobre la aplicación de los artículos 7, 9 y 17 de la Ley 256 de 1996, para concluir que, de acuerdo a las pruebas documentales y testimoniales:

- (i) los actos de Cafam no fueron desleales, sino concordantes con la buena fe comercial y el obrar honesto que debe imperar en el mercado;
- (ii) Cafam nunca promovió un incumplimiento del contrato;
- (iii) la propia actora fue quien por su incumplimiento reiterado del contrato dio lugar a su terminación;
- (iv) la actuación de Cafam nunca fue instigadora para deshacer de manera regular el vínculo contractual que había;
- (v) no está probado que Cafam hubiese aprovechado una infracción contractual ajena.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

2.1. Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

Con arreglo a lo previsto en los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998, esta Superintendencia es competente para conocer a prevención y resolver de fondo las controversias jurisdiccionales en materia de competencia desleal que ante ella se planteen, como lo es la disputa sometida a juicio y decisión en el proceso de la referencia.

2.2. El litigio

En el caso presente se debate la supuesta deslealtad de las demandadas Aganar S.A. y Cafam por conductas competitivas que, según los hechos de la demanda, consistieron en haber tenido conversaciones y acercamientos entre agosto y diciembre de 2001 que llevaron a que Cafam terminara la concesión de puntos de venta de apuestas que había otorgado a la Comercializadora General G y G, para así contratar directamente a Aganar S.A. como nueva concesionaria, eliminando a la demandante del mercado de comercialización de apuestas.

2.3. Legitimación de las partes

Los artículos 21 y 22 de la Ley 256 de 1996 establecen los presupuestos de legitimidad bajo los cuales una persona puede válidamente ser parte activa o pasiva de una acción por competencia desleal. Consecuentemente, en el caso en estudio corresponde analizar primero si existe legitimación de las partes. En caso de que el accionante y/o accionados carezcan de legitimación para ser extremos de la litis, las pretensiones habrán de ser denegadas sin necesidad de juzgar la deslealtad de las conductas cuestionadas. Esto, no porque el contenido de las pretensiones carecieren de mérito, ni porque las excepciones de fondo enervaren en derecho las pretensiones, sino porque el actor no sería la persona que frente a la ley tiene interés para accionar, o porque el o los accionados no serían los sujetos que por ley están llamados a responder.

2.3.1. 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”*.

Cuestionando esta legitimación, la demandada Aganar S.A. señala que el contrato de concesión aportado con la demanda y sobre el cual se soporta la acción, es un acuerdo entre Cafam y Comgenal Ltda., sociedad distinta a la actora, por lo cual afirma que G y G Ltda. carecía de legitimación para el ejercicio de la acción.

Este argumento no prospera, puesto que la legitimación activa referida en la norma trascrita no equivale a una exigencia para que el actor demuestre *ab initio* la realidad de su derecho sustancial en las pretensiones, porque la legitimación material activa es una cuestión a determinar solamente en la sentencia y no en la admisión de la demanda. En este caso, el ejercicio de la acción no estaba sujeto a la verificación de la relación sustancial del accionante frente al contrato, sino a su participación real en el mercado o a su intención de hacerlo.

Pese a lo anterior, se advierte que si bien el contrato aportado con la demanda fue suscrito por Cafam y Comgenal Ltda. (folios 22 a 26), de la demanda resulta claro que lo debatido es la inducción a la ruptura de un convenio de concesión entre Cafam y la demandante, cuya existencia es advertida en la cláusula segunda del acuerdo de asociación suscrito entre G y G Ltda. y Aganar S.A. que entró a regir el 1° de diciembre 2000, éste sí aportado con la demanda (folios 27 y 28). Además, con la demanda también fue aportada una copia de la modificación u otrosí del contrato de concesión entre la demandante y Cafam (folio 34), y en todo caso, Cafam, al contestar la demanda, aceptó la existencia de dicho contrato con la actora, allegando copia del mismo (folios 148-152).

En cualquier caso, como ya se anotó, la legitimidad activa se establece demostrando la participación del actor en el mercado o su intención de hacerlo. Conforme al material probatorio del expediente, en particular, el certificado de existencia y representación legal de esa sociedad (folios 52 a 54) y los contratos obrantes en el expediente (folios 27-28, 31-33, 148-156, 320-324), se encuentra demostrado que la actora, para la época de los hechos y al momento de instaurar la demanda, participaba en el mercado de apuestas, juegos de suerte y azar, y en esa medida, se encontraba legitimada para ejercer la acción instaurada.

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 8

Corresponderá entonces determinar en esta sentencia, si en verdad le asiste a la actora el derecho sustancial en que funda sus pretensiones.

2.3.2. Legitimación pasiva

De conformidad con el inciso primero del 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”.

La norma no condiciona la legitimación pasiva de las acciones de competencia desleal a la participación o no en el mercado por parte del sujeto que realiza el acto concurrencial y desleal, siendo suficiente que éste haya contribuido a su realización.

En este proceso, las demandadas aceptaron su participación en los hechos que se les imputan, como lo son haber celebrado contratos con la parte demandante, haberlos terminado de forma unilateral, haber sostenido comunicaciones explorando la posibilidad de celebrar un contrato directo entre ellas y haberlo concertado, pues así lo manifestaron al momento de contestar la demanda explicando las razones que las motivaron en su actuar⁹.

Al estar probado que las demandadas realizaron de forma directa las conductas que se acusan como desleales, es claro que tienen legitimación para ser partes pasivas de la demanda instaurada, correspondiendo en esta providencia establecer si las conductas acusadas pueden calificarse como desleales.

2.4. Actos acusados como desleales

2.4.1. Alegada realización de actos de inducción a la ruptura contractual con la manifiesta intención y con el efecto de eliminar a la demandante del mercado

El artículo 17 de la Ley 256 de 1996 dispone:

“Inducción a la ruptura contractual. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos. (Subrayado nuestro).

Analizado el artículo 17 de la Ley 256 de 1996 en concordancia con el artículo 333 de la Constitución Política, según el cual la actividad económica e iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, hay que entender que las prohibiciones previstas en dicho artículo no restringen propiamente el derecho de los participantes en el mercado a expandirse atrayendo y consiguiendo proveedores o clientes de otros competidores, ni el derecho a proponer ofertas laborales a empleados de la competencia y eventualmente contratarlos, salvo cuando ello se haga a través de maniobras desleales.

⁹ Cuaderno 1, folios 118 a 122 y 126 a 147.

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 9

En su inciso segundo, la norma contiene dos prohibiciones, referidas a cualquier sujeto, competidor o no, consistentes en (i) no inducir a una persona obligada contractualmente para con un participante del mercado a que regularmente de por terminada esa relación contractual, y (ii) no aprovecharse de una infracción contractual ajena. Sin embargo, cualquiera de esas dos conductas sólo llega a calificarse como desleal cuando se realiza (i) con conocimiento de esa relación o infracción contractual, y (ii) con la intención de lograr una expansión industrial o empresarial, o acompañada de circunstancias como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado, o de circunstancias análogas.

En el caso en examen, según los hechos de la demanda, la demandada Aganar S.A. tuvo acercamientos con Cafam con el *“único objetivo de que dicha entidad cancelara el contrato que había suscrito con la Comercializadora General G y G Ltda. basándose en conductas que tenían como principal propósito desprestigiar y/o desacreditar la actividad comercial y el buen nombre de la Comercializadora¹⁰”,* e igualmente, *“acercándose a Cafam introdujo elementos e información desleal, carente de veracidad y con el ánimo de desprestigiar a la Comercializadora, que llevaron a que ésta entidad diera por terminado el contrato con mi representada, lo que trajo como consecuencia que se le adjudicara la concesión, una vez eliminó la posibilidad que la Comercializadora General G y G continuara con la explotación de los puntos de venta que le habían sido otorgados desde hace varios años¹¹”.*

A juicio de la demandante, las comunicaciones cruzadas entre Aganar S.A. y Cafam, desde agosto hasta octubre de 2001, son indiciarias de que estaban ejecutando actos de competencia desleal, *“pero el lograr suscribir Aganar S.A. con Cafam un Contrato de Concesión el día 15 de Diciembre de 2001 es el resultado de un trabajo premeditado, deliberado y desleal por parte de la sociedad Aganar S.A. y de la Caja de Compensación Familiar – Cafam.¹²”*

Siendo esta la acusación de la demandante, se hace necesario hacer dos precisiones.

Primero, tal como está estructurada la demanda, el cargo de inducción a la ruptura contractual está referido al contrato de concesión entre G y G Ltda. y Cafam y no al contrato de asociación entre G y G Ltda. y Aganar S.A., por lo cual será la supuesta inducción a la ruptura del primer contrato la que será objeto de examen a la luz del artículo 17 de la Ley 256 de 1996.

Segundo; el supuesto de inducción a la ruptura contractual que aduce la demandante es aquél que el inciso 2° del citado artículo 17 describe como una inducción a la terminación regular de un contrato, en este caso entre G y G Ltda. y Cafam, que se acusa desleal por estar acompañada de la intención de eliminar a un competidor (G y G Ltda.) del mercado y de circunstancias tales como el uso de informaciones falsas y el ánimo de desacreditar a la accionante.

A efectos de realizar el juicio de deslealtad de las conductas atribuidas a las demandadas a la luz del supuesto de *“inducción a la terminación regular de un contrato”* prohibido por el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 256 de 1996, debe estar demostrada (i) la existencia del contrato susceptible de terminación regular; (ii) su conocimiento por parte de las demandadas (iii) la existencia del acto o los actos capaces de inducir a la ruptura del

¹⁰ Cuaderno 1, folio 7.

¹¹ Cuaderno 1, folio 8.

¹² *Ibidem.*

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 10

contrato; y (iv) de las circunstancias concretas que acompañaron al acto o actos (v.gr. con objeto de lograr expansión de un sector industrial o empresarial / con engaño / con intención de eliminar a un competidor del mercado / o en circunstancias análogas). Sólo si hay convencimiento de la realidad de estos hechos se podrá establecer si ese acto o esos actos de inducción, dados los modos cómo se desplegaron, pueden calificarse como desleales.

En relación con el contrato aducido como objeto de inducción a la ruptura contractual, en el proceso figuran siguientes elementos probatorios:

- una copia del contrato de concesión suscrito en 1997 por G y G. Ltda. y Cafam, (CC97446), por el cual ésta dio a la actora en concesión unos puntos en sus supermercados para la venta de apuestas, copia aportada por la misma demandada Cafam en la contestación de la demanda (folios 148 a 156), así como en respuesta a oficio decretado como prueba (319 a 320);
- una copia del “otrosí anexo al contrato de concesión código 446” suscrito por dichas partes el 3 de octubre de 2001 (folio 34);
- copia de la carta mediante la cual Cafam dio por terminado dicho contrato (folio 38).

Las anteriores pruebas, demuestran la existencia del contrato que la actora señala haber sido objeto de ruptura regular inducida por parte de Aganar S.A.

También constan en el expediente:

- copia del contrato de asociación entre Aganar S.A. y la actora para la explotación en participación de los puntos concesionados por Cafam a G y G Ltda., a partir de diciembre 1° de 2000 (folios 27 a 28),
- copia de la prórroga de contrato de asociación, de agosto 31 de 2001 (folios 31 a 33);
- copia del aviso dado por Aganar S.A. a la demandante sobre su decisión de terminar unilateralmente el contrato de asociación para la participación en puntos de venta de Cafam (folio 30),

Estos documentos demuestran el conocimiento por parte de Aganar S.A. de la existencia del contrato de concesión de puntos en supermercados Cafam para la venta de apuestas.

Ahora, en lo atinente a los actos realizados por Aganar S.A. y Cafam - que en opinión de la actora fueron encaminados a lograr una ruptura regular del contrato de concesión entre G y G Ltda. y Cafam, - está demostrado lo siguiente:

- a. Cafam informó a G y G Ltda., en escrito del 24 de agosto de 2001, que las pólizas de los seguros de cumplimiento y responsabilidad civil constituidas según lo estipulado en el contrato de concesión se encontraban vencidas. En consecuencia le solicitó pagar el valor de las primas de renovación antes del 24 de septiembre de 2001, advirtiéndole que no realizar ese trámite constituiría causal de terminación del contrato (folio 29).
- b. Aganar S.A. anunció a G y G Ltda., mediante carta del 27 de agosto de 2001, su decisión de dar por terminado, a partir del 30 de noviembre de 2001, el contrato de asociación entre ellas suscrito para la participación en la explotación de puntos de venta de apuestas en los supermercados de Cafam, manifestando que tal determinación obedeció al vencimiento del contrato, a que los puntos en asociación no dan rentabilidad y a que Aganar S.A. se encontraba en crisis debido a la situación económica del país (folio 30).

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 11

- c. Aganar S.A. envió a Cafam el día 16 de octubre de 2001 una comunicación, en la cual le informa que (folio 35):
- (i) tiene un contrato de asociación con G y G Ltda. con vigencia hasta el 30 de noviembre de 2001;
 - (ii) ha decidido no continuar más con esa asociación, entre otros motivos por conocer que el nombre de Aganar S.A. *“se encuentra en tela de juicio al parecer por el incumplimiento por parte de Comercializadora G&G a esa Entidad [Cafam]”*;
 - (iii) tiene interés en demostrar que no ha incumplido sus obligaciones para con G y G Ltda. y que se ha caracterizado por su seriedad y cumplimiento en los compromisos adquiridos;
 - (iv) está dispuesta a cubrir el canon de \$500,000.- que por concepto de arrendamiento estaba pagando a G y G Ltda. por cada punto de venta y si es del caso, cubrir la deuda que G y G Ltda. tiene para con Cafam; y
 - (v) tiene interés en continuar su vinculación con Cafam, por lo cual le solicita que estudie la posibilidad de celebrar con Aganar S.A. un contrato directo.
- d. Cafam, mediante memorando SFT-US-1208 de 17 de octubre de 2001, le solicitó nuevamente a G y G Ltda. pagar la suma correspondiente al seguro de cumplimiento y responsabilidad civil (folio 36).
- e. Aganar S.A. envió al subdirector de mercadeo de Cafam una carta de fecha 29 de octubre de 2001, en la cual le manifiesta que *“De acuerdo a lo acordado, atentamente me permito remitirle los comprobantes de pago a Comercializadora G & G, desde el mes de enero a la fecha”* (folio 37).
- f. Cafam, mediante escrito del 1° de noviembre de 2001, comunicó a G y G Ltda. su decisión de dar por terminado el contrato de concesión CC97446, en razón a los reiterados incumplimientos de pagos derivados del contrato de concesión de puntos para venta de apuestas, que alcanzan una deuda de \$27.645.731,- (folios 38 y 185).
- g. Aganar S.A. se comprometió, mediante acta suscrita con Cafam el día 14 de diciembre de 2001, a pagarle a ésta la suma de \$30.599.061,- que G y G Ltda. le debía a Cafam por concepto del contrato CC97446, según lo manifestado por el testigo Miguel Eduardo González Bohórquez, Subdirector de Mercadeo de Cafam (folio 294) con apoyo en copia de la referida acta (folio 296).
- h. G y G Ltda. cedió a Aganar S.A., mediante documento escrito de fecha 20 de diciembre de 2001, los derechos que le asistían en virtud de su contrato de concesión suscrito con Cafam. En el mismo documento, G y G Ltda. declaró que Aganar S.A. se encuentra a paz y salvo por todo concepto con G y G Ltda., incluyendo el contrato de asociación suscrito por ellas, conforme al testimonio de Isabel Victoria de Plaza Buriticá, ex empleada de Aganar S.A. (folio 260), soportado en copia del documento de cesión (folio 265), lo cual concuerda con el testimonio rendido por Miguel Eduardo González Bohórquez, Subdirector de Mercadeo de Cafam (folio 294) con apoyo en copia del mismo documento (folio 297).
- i. Cafam, con posterioridad a la terminación del contrato de concesión CC97446 suscrito con G y G Ltda., celebró con Aganar S.A. un contrato para que esta ocupara puntos de venta de apuestas en sus establecimientos. Así se desprende de la contestación

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 12

de la demanda por parte de Cafam (folio 141), en conjunto con el testimonio rendido por Miguel Eduardo González, Subdirector de Mercadeo de Cafam (folios 289 y 335).

En relación con las circunstancias en que se realizaron tales hechos, la parte demandante alega que estos (i) estuvieron acompañados del uso de informaciones falsas y con el ánimo de desprestigiar a la actora y (ii) fueron dolosa o intencionalmente dirigidos a eliminar a G y G Ltda. del mercado. Así las cosas, se debe examinar la existencia de tales circunstancias.

En referencia al supuesto uso de información falsa con ánimo de desacreditar a G y G Ltda., observa el despacho que la demandante no indicó cuáles de las aseveraciones contenidas en las cartas dirigidas por Aganar S.A. a Cafam son las que considera como falsas, ni se aportaron pruebas dirigidas a demostrar la falsedad de la información allí comunicada.

Tampoco se aprecia en tales comunicaciones aseveración alguna capaz de desacreditar o desprestigiar a G y G Ltda. Las únicas menciones relativas a la actora, son aquellas hechas para indicar que Aganar S.A. no va a continuar con el contrato de asociación que tiene con G y G Ltda. por que tiene conocimiento que el nombre de Aganar S.A. "*se encuentra en tela de juicio al parecer por el incumplimiento en el pago de parte de Comercializadora G&G a esa Entidad [Cafam]*", así como para mostrar su voluntad de pagar lo adeudado por G y G Ltda. a Cafam y para demostrar a Cafam el cumplimiento por parte de Aganar S.A. de sus obligaciones para con su asociada G y G Ltda., remitiendo los respectivos comprobantes de pago realizados por Aganar S.A. a G y G Ltda. La única de tales menciones que podría considerarse negativa para G y G Ltda. es aquella referente a un aparente incumplimiento de un pago debido por ésta a Cafam. Pero esa mención no es susceptible de desprestigiarla ante Cafam, pues desde antes de tal afirmación G y G Ltda. figuraba como morosa en el pago de una deuda de \$27.645.731,- derivada del contrato de concesión CC97446, tal como consta en las peticiones de pago que Cafam envió a la demandante los días 14 de marzo, 2 de mayo y 20 de junio de 2000, y 1 y 19 de noviembre de 2001 (contestación de la demanda, folios 183, 188, 184, 185 y 189, respectivamente).

Ahora, el hecho de que Aganar S.A. haya anunciado a G y G Ltda. su decisión de terminar el contrato de asociación para participar en la explotación de puntos de venta concesionados por Cafam, argumentando entre otras cosas, que estos puntos no eran rentables (folio 30), hay que considerar que tal acto estuvo dirigido a G y G Ltda., por lo cual no se puede derivar de ello un acto dirigido a influenciar o persuadir a Cafam para que de por terminado contrato alguno. Por lo mismo es irrelevante entrar a establecer la veracidad o falsedad de las justificaciones dadas por Aganar S.A. para dar por terminado el contrato de asociación que tenía con la actora, más aún cuando no hay prueba que desvirtúe que para Aganar S.A. no era rentable el negocio de explotación de puntos de venta en Cafam bajo el esquema de asociación que tenía con G y G Ltda., y cuando es evidente que Aganar S.A. también señaló como causal, con la antelación prevista, la cláusula 11 del contrato de asociación (folios 31 a 33), es decir, que la terminación obedecía al próximo vencimiento del contrato.

En lo relativo a la supuesta intención de Aganar S.A. de eliminar a G y G Ltda. del mercado tal elemento intencional no está demostrado en el proceso. Si bien Aganar S.A. mostró en las cartas que envió a Cafam un decidido interés en firmar con esta un contrato de concesión de puntos de venta en sus supermercados, e incluso se mostró dispuesta a pagar las sumas adeudadas por G y G Ltda. a Cafam, como en efecto lo hizo (folio 296), de ello no puede inferirse que la intención de Aganar S.A. fuese la de sacar del mercado a G y G Ltda. y no la simple intención de disputar y conquistar un cliente de esta última por sus propios méritos, para así cambiar su esquema de operaciones y hacer más rentable su actividad de venta de apuestas.

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 13

Además, el testimonio rendido por Isabel Victoria de Plaza Buriticá (folios 259 a 264) indica cómo en varias oportunidades Cafam consideró que G y G Ltda. había incumplido el contrato de concesión, por lo cual cerró en varias ocasiones los puntos de venta concesionados y operados según el contrato de asociación por Aganar S.A., desalojando a sus vendedoras. Esto concuerda con lo afirmado por Aganar S.A. en el numeral 21 de la contestación de la demanda (folio 119), y converge con el testimonio rendido por Miguel Eduardo González Bohorquez, según el cual había un incumplimiento permanente de pagos por parte de G y G Ltda. (folio 289), lo cual además de generar el cierre de “definiciones” o puntos comerciales, hizo que Aganar S.A. solicitara explicaciones a Cafam, quien le informó sobre incumplimientos del contrato de concesión por parte de G y G Ltda. También concuerda con las numerosas cartas mediante las cuales Cafam, desde noviembre de 1998 hasta agosto de 2001, venía reiterando a G y G Ltda. que diese cumplimiento al contrato de concesión en lo referente a las obligaciones de pago y suscripción de pólizas de seguro (folios 175, 178, 182 a 185 y 188).

Por otra parte, según lo expuesto por los testigos antes mencionados (folios 294 y 260), con soporte en copias de documentos suscritos por la actora, no tachados de falsos (folios 297 y 265), G y G Ltda. cedió el 20 de diciembre de 2001 a Aganar S.A. sus derechos para con Cafam derivados del contrato de concesión CC97446. Esto demuestra que la actora, con anterioridad a la presentación de la demanda, prestó su consentimiento para que Cafam y Aganar S.A. continuaran una relación contractual directa para la explotación de los puntos de venta de apuestas en los supermercados de Cafam.

Estos hechos y circunstancias, apreciados según las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dan cuenta de justas razones por las cuales Aganar S.A. haya decidido terminar su relación de asociación con G y G Ltda. e intentado contratar directamente con Cafam. Igualmente, que Cafam haya optado por romper regularmente el contrato de concesión suscrito con G y G Ltda.

La alegada premeditación dolosa de las demandadas para eliminar a la actora del mercado no surge probada a partir del análisis conjunto del acervo probatorio.

Adicionalmente, desde un punto de vista objetivo, es decir, sin mirar los alegados y no demostrados móviles o intenciones dolosas de Aganar S.A., estima el despacho que sus acercamientos hacia Cafam - a través de correspondencia orientada a conseguir directamente un contrato de concesión de puntos de venta en sus superficies comerciales, sin intermediación de G y G Ltda. - tampoco se revelan idóneos para lograr el efecto de eliminar a G y G Ltda. del mercado de venta de apuestas. No hay prueba en el expediente que muestre a los puntos de venta en supermercados Cafam como el único mercado para este tipo de actividades o que lo fuese para la actora. De modo que no hay elementos de juicio para concluir que con la elección de un nuevo contratista para la explotación de dichos puntos se le haya impedido a G y G Ltda. desarrollar la venta de apuestas en otros supermercados, centros o locales comerciales de la ciudad o del país.

En esa medida, no es viable declarar que las demandadas incurrieron en actos de inducción a la ruptura contractual con el efecto o con la intención de eliminar un competidor por los hechos alegados en la demanda.

2.4.2. Alegada realización de actos de desorganización

El artículo 9 de la Ley 256 de 1996 dispone:

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 14

“Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.”

Encuentra el despacho que en la demanda, si bien se alega la trasgresión del artículo transcrito, el cargo no está fundamentado, pues los hechos de la demanda están dirigidos a soportar la alegada inducción a la ruptura del contrato de concesión CC97446 entre G y G Ltda. y Cafam, mas no se describe cuál o cuáles de los hechos y/o pruebas dan cuenta de actos de desorganización.

Considerando la falta de claridad de la imputación a las demandadas por supuestos actos de desorganización, puede interpretarse la demanda en el sentido de que tales actos derivan de la ruptura del contrato CC97446 supuestamente inducida deslealmente por Aganar S.A. Pero en ese supuesto, tampoco está explicado en la demanda, ni ve esta Superintendencia, cómo a partir de los mismos hechos que fundamentan el cargo de inducción intencional a la ruptura contractual surja algún acto de desorganización interna de la actora que sea desleal.

Probatoriamente, no hay prueba de que la ruptura del mencionado contrato haya tenido la finalidad ni el efecto de desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento de G y G Ltda. a través de maniobras que pudiesen calificarse como desleales.

En consecuencia, no prospera la petición de que se declare que las demandadas incurrieron en actos de desorganización.

2.4.3. Alegada realización de actos contrarios a la prohibición general de actos de competencia desleal

El artículo 7 de la Ley 256 de 1996 establece:

“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.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2° 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 la buena 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.”

Igual que en el cargo anterior, si bien se alega en la demanda la trasgresión del artículo 7 de la Ley 256 de 1996, tal violación no está claramente soportada en hechos concretos. Aún entendiendo que la infracción a una prohibición específica de competencia desleal pudiese implicar la infracción del principio de la buena fe comercial o de los usos honestos en materia industrial y comercial, se podría interpretar que la demandante fundamenta la infracción de la prohibición general en los mismos hechos soporte de la alegada inducción a la ruptura del contrato de concesión CC97446 entre G y G Ltda. y Cafam.

No obstante, no está explicado en la demanda, ni resulta claro para este despacho cómo - a partir de los mismos hechos base del cargo de inducción intencional a la ruptura contractual - pudieron las demandadas contrariar la buena fe comercial, una sana costumbre mercantil, un

Sentencia N° _____ de 2006 Hoja N°. 15

uso honesto en materia industrial o comercial, o afectar la libertad de elección de los consumidores o el funcionamiento concurrencial del mercado.

Las pruebas del proceso tampoco generan convicción que la ruptura del tan citado contrato CC97446 estuviese acompañada de maniobras desleales y ninguna de las pruebas del proceso apunta a demostrar que las demandas hayan violado los parámetros de lealtad comercial amparados por la prohibición general de actos de competencia desleal, por lo cual no hay razón para declarar que las demandadas hayan incurrido en actos prohibidos de forma general en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, esta Superintendencia de Industria y Comercio, Despacho del Superintendente, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demandada.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante al pago de las costas del proceso.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio,

JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificaciones:

NESTOR JAVIER GONZÁLEZ

C.C.N° 19.422.057 de Bogotá – T.P.N° 102.381 del C.S.J.
Apoderado de COMERCIALIZADORA GENERAL G Y G LTDA.
Calle 19 N° 5-25 oficina 10-03 - Bogotá D.C.

CAMILO ANDRÉS NARANJO PARADA

C.C.N° 79.721.817 de Bogotá – T.P.N° 127.448 del C.S.J.
Apoderado de AGANAR S.A.
Carrera 10 N° 24-22 - Bogotá D.C.

CESAR TORRENTE BAYONA

C.C. N° 91.207.660 de Bucaramanga – T.P. N° 33.509 del C.S. de la J.
Apoderado de Caja de Compensación Familiar CAFAM
Calle 67 N° 4 A -15 – Bogotá D.C.