



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

DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá D.C., Treinta (30) de abril de 2012

Sentencia No. 1948 .

Expediente: 09084917

Demandante: 3 Modular Ltda., José Antonio Moreno Molina y Oscar Henry Mahecha Cruz

Demandado: Oficinas y Acabados Ltda., José Rodolfo Moncada Moncada, Diana Alexandra Pulido Sarmiento y Omar Giovanni Moncada Moncada.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por 3 Modular Ltda. (en adelante: 3 Modular) José Antonio Moreno Molina y Oscar Henry Mahecha, contra Oficinas y Acabados Ltda. (en adelante: Oficinas y Acabados), José Rodolfo Moncada Moncada, Diana Alexandra Pulido Sarmiento y Omar Giovanni Moncada Moncada.

1. ANTECEDENTES.

1.1. Los hechos de la demanda:

Adujo la parte demandante que el día 29 de enero de 2008 los señores Diana Alexandra Pulido y Giovanni Moncada Moncada -extrabajadores de 3 Modular- constituyeron Oficinas y Acabados para ejecutar las mismas actividades comerciales que la sociedad demandante, esto es, la fabricación y comercialización de muebles para oficina, comercio y servicios. Indicaron que el señor José Rodolfo Moncada Moncada -esposo de Diana Alexandra Pulido-, quien fue socio de 3 Modular y cumplía funciones de vendedor para la fecha de constitución de la persona jurídica accionada, aprovechando la información que poseía en razón de su cargo suministró información respecto de la clientela de 3 Modular a la sociedad demandada con la finalidad de que ésta les presentara cotizaciones por un precio inferior a efectos de ser contratada, generando así una disminución en el número de clientes de la actora.

Según los accionantes, José Rodolfo Moncada en algunas ocasiones prestaba el servicio a los clientes a su cargo *“haciéndoles creer que quien lo hacía era 3 Modular, pero facturando a través de Oficinas y Acabados”*, a lo que añadieron que aquel se valió de aseveraciones engañosas para desviar la clientela de 3 Modular, pues le manifestó a los clientes que esa sociedad se encontraba en liquidación para desviar efectivamente la clientela hacia la sociedad demandada.

Finalmente, manifestaron que los demandados incurrieron en violación de información y de secretos industriales, puesto que *“copiaron sin autorización”* alguna las plantillas que le sirven de modelo para elaborar sus productos, lo que resultó idóneo para generar confusión en los consumidores.

1.2. Pretensiones:

Los demandantes, en ejercicio de la acción declarativa y de condena prevista en el numeral 1º del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, solicitaron que se declarara que Oficinas y Acabados, José Rodolfo Moncada Moncada, Diana Alexandra Pulido Sarmiento y Omar Giovanni Moncada Moncada, incurrieron en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7º (cláusula general), 8º (desviación de la clientela), 10º

(confusión) y 15 (explotación de la reputación ajena) de la mencionada Ley. Consecuencialmente, solicitaron que se condene a los demandados a indemnizar los perjuicios ocasionados.

1.3. Contestación de la demanda:

Admitida la demanda mediante auto No. 1339 de 2009 (fl. 81, cdno. 1) y surtida en debida forma la notificación correspondiente, la sociedad Oficinas y Acabados, Diana Alexandra Pulido y José Rodolfo Moncada Moncada se opusieron a las pretensiones de la parte actora manifestando que la constitución de la sociedad referenciada no puede significar la configuración de actos de competencia desleal, pues su actuación en el mercado se ha ajustado a las sanas costumbres y a las buenas prácticas que lo rigen. Manifestaron que no es cierto que José Rodolfo Moncada haya disminuido el número de clientes de los accionantes presentando una cotización menor, así como tampoco que haya efectuado manifestaciones engañosas con la finalidad de favorecer a la sociedad Oficinas y Acabados. Finalmente, señalaron que no hay legitimación por activa debido a que para el momento de presentación de la demanda la actora se encontraba disuelta, razón por la cual “no posee capacidad jurídica para demandar”.

Por su parte, el curador *ad litem* de Omar Giovanni Moncada Moncada se opuso a las pretensiones manifestando que la demandante deberá probar el sustrato fáctico de las mismas.

2. CONSIDERACIONES.

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

2.1. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996 (arts. 2º, 3º y 4º):

En el presente asunto el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se encuentra acreditado, en tanto que la utilización de información de un competidor a efectos de ofrecer en el mercado servicios idénticos, a los mismos clientes y con precios inferiores, constituyen actos idóneos para incrementar la participación en el mercado de quien los ejecuta, pues mejora su oferta mercantil artificialmente.

Respecto del ámbito subjetivo, basta indicar que las partes de este proceso participan en el mercado de la fabricación y comercialización de muebles para oficina, comercio y servicios. Al respecto es indispensable resaltar que la sociedad demandante participaba en dicho escenario para el momento en que tuvieron lugar los comportamientos que denunció como fundamento de sus pretensiones.

Finalmente, el ámbito territorial también se encuentra superado, toda vez que las conductas denunciadas ocurrieron y estaban llamadas a producir efectos en Colombia.

2.2. Legitimación:

Partiendo de la participación en el mercado de la parte demandante, la utilización de su información relacionada con sus clientes, precios y productos por parte de uno de los socios de la accionante con la finalidad de ser suministrados y empleados por un

competidor para ofrecer en el mercado productos idénticos en mejores condiciones, es una circunstancia que puede llegar a constituir un perjuicio para los intereses económicos de la demandante, pues tales conductas podrían desviar la clientela e inclusive generar un riesgo de confusión en el público consumidor.

De otra parte, la demandada esta legitimada para soportar la acción de competencia desleal de la referencia puesto que está acreditado que José Rodolfo Moncada fue socio de 3 Modular y que, posteriormente, prestó sus servicios para la sociedad Oficinas y Acabados.

2.3. Problema jurídico:

El objeto del presente asunto se concreta en determinar si, en las condiciones que se presentaron en este caso, la utilización de información comercial de una sociedad mercantil por parte de uno de sus socios con la finalidad de suministrarla a un competidor y ser empleada para ofrecer productos similares en condiciones más atractivas para los consumidores, configura los actos de competencia desleal invocados.

2.4. Hechos probados relevantes para el caso:

Con base en las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, se tiene por cierto lo siguiente:

2.4.1. De acuerdo con la documental obrante a folios 10 y 11 del cuaderno 1, el día 5 de febrero de 2008 se constituyó la sociedad Ofinicas y Acabados, que tiene como objeto social primordial la fabricación y comercialización de muebles para oficina, y respecto de la cual fungen como Gerente y Gerente Suplente los demandados Diana Alexandra Pulido y Omar Gionanny Moncada, respectivamente.

2.4.2. De conformidad con el documento visible a folio 32 del cuaderno 1, referente a una liquidación laboral elaborada por la sociedad demandante, se encuentra probado que la señora Diana Alexandra Pulido laboró en la sociedad 3 Modular desde el 16 de febrero de 2005 hasta el 30 de noviembre de la misma anualidad.

2.4.3. Acorde con las declaraciones de Luis Vicente Sanabria, quien para la época de los hechos se desempeñó como asesor contable y fiscal de la demandante (fl. 136, minuto 19:49, cdno. 4), que resulta del todo conforme con el documento visible a folios 37 a 39 del cuaderno 1, se encuentra acreditado que Omar Giovanni Moncada tuvo un vínculo de carácter laboral con 3 Modular hasta el 16 de enero de 2008 y que, en ejercicio de sus funciones, se encargaba básicamente de prestar apoyo en los procesos productivos de tal sociedad que tenían como base el desarrollo del objeto social de la misma.

2.4.4. Los hallazgos realizados durante la inspección judicial que tuvo lugar el día 20 de octubre de 2011 (fls. 140 a 142, cdno. 5), así como las documentales obrantes a folios 16 a 28, 56 a 67, 70 a 84 del cuaderno 1 y 170 a 176, 178 y 180 del cuaderno 2, dan cuenta que durante el lapso comprendido entre el 28 de enero de 2008 y el 13 de agosto de 2009 la sociedad Oficinas y Acabados tuvo los siguiente clientes: CSS Constructores S.A., Sudanim S.A., Habitat Glass, Consultora Colombiana S.A., Unicef, MGM Ingenieros, Cass constructores & Cia SCA, Danzashi, Glibal Solution & Logistics, Login de Colombia, Refractarios Ingeniería y Montaje S.A., Oximport Colombiana Ltda., Tecnicol Internacional y Luis Hector Solarte.

2.4.5. Con base en las declaraciones de Luis Vicente Sanabria, quien para la época de los hechos se desempeñó como asesor contable y fiscal de la demandante (fl. 136, minuto 13:33, cdno. 4), así como con el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad, se tiene por cierto que el señor José Rodolfo Moncada fue socio de 3 Modular y que ejercía funciones de tipo laboral y comercial, esto es, se dedicaba a la venta de los productos y participaba en los procesos productivos de la persona jurídica, tales como “*ventas de divisiones de oficinas, partes, adecuaciones y modificaciones de oficina abierta*” y, en general, todo aquello relacionado con el objeto social de la actora.

Sobre el particular, vale destacar que el acuerdo comercial desarrollado por los socios de 3 Modular consistía básicamente en la venta y comercialización de los productos fabricados por dicha sociedad a los clientes a su cargo, esto es, aquellas sociedades o personas naturales que tenían vínculos comerciales directamente con el socio. Así, por voluntad de los socios el valor de las correspondientes ventas era aportado a la sociedad, para que, posteriormente, se le retribuyera al socio una comisión o porcentaje por ello. La anterior conclusión emana de las declaraciones del testigo en mención, quien manifestó: “*en la parte comercial los socios hacían sus ventas, cobraban su comisión por vender, pero estas ventas eran realizadas con la firma 3 Modular Ltda., ella era la que facturaba y era la que contrataba pero quien vendía eran sus socios*” (fl. 136, minuto 23:01, cdno. 4).

2.4.6. Acorde con la documental obrante a folios 41 a 44 del cuaderno 1, se encuentra acreditado que el día 3 de septiembre de 2008 el señor José Antonio Moreno Molina, gerente de 3 Modular, le envió a José Rodolfo Moncada una carta de terminación laboral por justa causa motivada en la violación del artículo 60 del C.S del T. y en la revelación de los sectores técnicos o comerciales de la empresa.

2.4.7. De conformidad con los documentos visibles a folios 23 a 28 del cuaderno 4, que resultan del todo conformes con la declaración del señor Jairo Ardila, representante legal de MGM Ingenieros (fl. 32, minuto 10:51, cdno. 4), así como con lo manifestado en la contestación de la demanda (fl. 113, cdno. 1), se encuentra acreditado que el señor José Rodolfo Moncada, por lo menos desde junio de 2008, laboraba y prestaba sus servicios en la sociedad Oficinas y Acabados

2.4.8. Las sociedades CSS Constructores S.A., Sudanim S.A., Habitat Glass, Unicef, MGM Ingenieros, Cass Constructores & Cia SCA, que la demandante mencionó como clientes suyos, eran clientes de José Rodolfo Moncada y de Oficinas y Acabados, pero no de 3 Modular. La conclusión recién anotada encuentra sustento en 3 factores primordiales:

En primer lugar, porque las sociedades mencionadas manifestaron que durante el tiempo comprendido entre el 28 de enero de 2008 y el 13 de agosto de 2009 no fueron clientes de 3 Modular (fls. 16 a 28, 56 a 67, 70 a 84 del cuaderno 1, folios 170 a 176, 178 y 180 del cuaderno 2 del expediente).

En segundo lugar, porque con las declaraciones de Carlos García, accionista de la sociedad Sudanim S.A. (fl. 142, minuto 9:37, cdno. 4), se corroboró que aquella sociedad acudía a José Rodolfo Moncada por los servicios que este prestaba, pero que no buscaba para ese propósito a la demandante. Sobre el particular el señor García manifestó: “*el contacto siempre ha sido Rodolfo (...) me interesaba era trabajar con Rodolfo no con 3 Modular*”.

Y en tercer lugar, porque acorde con la declaración de Luis Vicente Sanabria, quien para la época de los hechos se desempeñó como asesor contable y fiscal de la demandante (fl. 136, minuto 19:49, cdno. 4), una vez constituida 3 Modular los socios de esta persona jurídica ya tenían clientes propios, que en virtud de su acuerdo fueron vinculados a la empresa.

2.4.9. De conformidad con la documental obrante a folios 16 a 28 del cuaderno 4, se encuentra probado que la sociedad Consultoría Colombiana S.A. fue cliente de 3 Modular durante el tiempo comprendido entre el 28 de enero de 2008 y el 12 de agosto de 2009, y cliente de Oficina y Acabados desde el 11 de junio de 2008.

Es preciso resaltar, en lo que atañe a este punto, que si bien se corroboró que el señor José Rodolfo Moncada le informó al cliente en cuestión que 3 Modular se encontraba en disolución, lo cierto es que el cambio de proveedor por parte de Consultoría Colombiana S.A. -Concol- se debió principalmente a que su contacto inicial, José Rodolfo Moncada, se trasladó a otra empresa, esto es, a Oficinas y Acabados. Lo anterior se constató con las declaraciones de Marcela Montoya, auxiliar contable de Concol (fl. 132, minutos 10:20, 14:04 y 30:33, cdno. 4), quien indicó que el señor Moncada fue la persona de contacto para iniciar a trabajar con 3 Modular y que adicionalmente manifestó: *“José Moncada era el que siempre nos atendía en 3 Modular y como él paso a la otra empresa, pues él nos siguió atendiendo a través de la otra empresa”*.

Aunado a ello, es importante descartar que 3 Modular no probó que *“José Rodolfo Moncada continuó prestándoles el servicio a clientes que atendía en su calidad de vendedor de dicha sociedad, haciéndoles creer que él lo hacía en calidad de empleado de la misma pero facturando a través de Oficinas y Acabados”*. De acuerdo con la documental allegada por la sociedad Concol, se constató que la orden de servicio No. OS-6074, visible a folio 23 del cuaderno 4, en la cual se incluye el nombre de Rodolfo Moncada y Oficinas y Acabados, data del 30 de junio de 2008, fecha en la cual -según el cliente- ya sostenía relaciones comerciales con la demandada. De igual manera, las cotizaciones realizadas por la sociedad demandante y Oficinas y Acabados se efectuaron en tiempos diferentes con un listado de productos disímiles que no pueden equipararse en precios por contener cualidades y características desiguales.

2.4.10. De acuerdo con las declaraciones de Maximino Galindo, ex-trabajador de 3 Modular (fl. 89, minuto 9:10, cdno. 4), y de Jairo García (fl. 95, minuto 9:18, cdno. 4), se tiene por cierto que el señor José Rodolfo Moncada, en su calidad de socio, ingresó a las instalaciones de 3 Modular en horas no hábiles y, además, tomó *“plantillas”*, definidas como las *“herramientas de producción de los artículos que se elaboran allí”*.

Sobre el particular, es menester precisar que la demandante no demostró que dichas *“plantillas”* hubiesen sido empleadas por la sociedad Oficinas y Acabados para fabricar productos con las mismas características y calidades que los comercializados por 3 Modular, debiéndose agregar que, según la declaración de Carlos García, accionista de la sociedad Sudanim S.A. (fl. 142, minuto 12:26, cdno. 4), que resultan del todo conformes con lo manifestado por Diana Alexandra Pulido en la inspección judicial que tuvo lugar el día el día 20 de octubre de 2011 (fls. 140 a 142, cdno. 5), los productos que comercializaba Oficinas y Acabados correspondían a requerimientos realizados por los clientes, por lo que se puede concluir que en desarrollo de su actividad mercantil no hacía uso de plantillas.

Adicionalmente, tampoco acreditó que la información extraída por Moncada en relación con las “plantillas” tenía un carácter confidencial, de tal manera que necesitara una autorización, de ahí que se desvirtúe la connotación desleal de este comportamiento.

2.4.11. De acuerdo con las declaraciones de Nayibt Salom, asistente administrativa de Naciones Unidas (fl. 183, minuto 18:30 cdno. 5), dicha organización tuvo relaciones comerciales con José Rodolfo Moncada, consistentes en la prestación de servicios para la fabricación de muebles.

2.4.12. El día 18 de febrero de 2009 se protocolizó ante la Notaría Primera del Círculo de Bogotá el acta No. 05 de la junta de socios de 3 Modular, realizanda el 16 de febrero de 2009, mediante la cual se aprobó la disolución de dicha persona jurídica.

2.4.13. Según las declaraciones de Luis Vicente Sanabria, quien para la época de los hechos se desempeñó como asesor contable y fiscal de la demandante (fl. 136, minuto 31:15, cdno. 4), y con los documentos contables y no contables de 3 Modular (fls. 17 a 26, 51 a 57, cdno. 1), se tiene por cierto que aquella sociedad registró una disminución financiera, de clientes y de ventas en el año 2008.

2.5. Tacha de sospecha:

La parte demandada tachó de sospechosos los testimonios de Jairo García y Luz Stella Rodríguez, con fundamento en “*la relación de dependencia existente entre el testigo y los demandantes*”, en tanto que los señores José Antonio Moreno Molina y Oscar Henry Mahecha Cruz constituyeron una sociedad denominada “Modular y Diseño”, de la cual son trabajadores los testigos mencionados.

Llegados a este punto de la providencia es pertinente destacar que el testimonio de Jairo García, que -junto con otros elementos de juicio- sirvió de base para algunas de las conclusiones expuestas en el presente numeral, merece credibilidad, toda vez que dicho deponente presencié directamente los hechos sobre los cuales versó su declaración específicamente los relacionados con la calidad de socio de José Rodolfo Moncada en 3 Modular y el tema de las “plantillas” que aquel tomó de la demandante, así mismo, su versión puede ser considerada responsiva, exacta y completa¹, puesto que atendió cada uno de los interrogantes que le fueron formulados, relatando los hechos correspondientes de manera espontánea y cabal, señalando las razones por las cuales aquellas circunstancias fácticas llegaron a su conocimiento, sin que pueda perderse de vista -en razón de su fundamental importancia en cuanto a la valoración de la prueba testimonial se refiere- que su testimonio resultó concordante con los demás elementos de juicio resaltados en apoyo de las conclusiones del declarante.

Por las razones recién expuestas, es evidente que no prosperará la tacha de sospecha formulada por la parte demandada respecto de Jairo García, puesto que, además que sus declaraciones concuerdan con otras pruebas, no puede perderse de vista que “*la mácula con que se mira a tal linaje de testigos [se refiere a los sospechosos] sólo se desvanecerá y, por qué no, desaparecerá, en la medida en que brinden un relato preciso, responsivo,*

¹ Acorde con lo que ha precisado la jurisprudencia, la declaración testimonial es responsiva “*cuando cada contestación es relatada por su autor de manera espontánea suministrando la razón de la ciencia de lo dicho*”; es exacta “*cuando la respuesta es cabal y por lo tanto no deja lugar a incertidumbre*”, y es completa “*cuando la deposición no omite circunstancias que puedan ser influyentes en la apreciación de la Prueba*”. Cas. Civ. Sentencia de septiembre 7 de 1993, exp. 3475.

exacto y cabal, esto es, en síntesis, razonado y particularizado en todo cuanto diere noticia, y que, aún así, encuentren respaldo en otros elementos probativos, todo analizado, cual lo dice la norma en cuestión, 'de acuerdo con las circunstancias de cada caso'; será entonces cuando nada justifica que el juzgador continúe desconfiando de sus relatos, y les suministre el valor demostrativo que verdaderamente ostentan. Refluirá así el estado habitual del hombre y su inclinación a creer en los demás, del cual había salido por razón de una sospecha que a la postre fue disipada"².

Sin embargo, la tacha de sospecha prosperará respecto del testimonio de la señora Luz Stella Rodríguez, pues sus declaraciones resultaron inexactas, imprecisas y contrarias a las demás pruebas aportadas en el proceso, generando incertidumbre respecto de su veracidad e imparcialidad.

En efecto, en sus declaraciones indicó que en el año 2008 fue testigo de varias llamadas **de clientes de 3 Modular** que fueron desviados por Moncada a la sociedad Oficinas y Acabados, dentro de los cuales mencionó, a modo de ejemplo, a Habitat Glass y a Sudanim S.A., sociedades que manifestaron, mediante oficios allegados a este Despacho y por medio de declaraciones de sus accionistas -expuesto en el numeral 2.4.8.- que no fueron clientes de la demandante durante el año 2008 y 2009 (fl. 91, minuto 10:00, cdno. 4). Aunado a ello, la testigo aseveró que tenía conocimiento que el señor Moncada era accionista de Oficinas y Acabados, circunstancia que se desvirtúa con el documento de existencia y representación legal de dicha sociedad.

Así las cosas, es evidente la parcialidad de esta testigo respecto de la sociedad demandante en su condición de dependiente laboral de la sociedad Modular y Diseño constituida por José Antonio Moreno Molina y Oscar Henry Mahecha Cruz, razón por la cual su testimonio no será apreciado como prueba.

2.6. Análisis de la deslealtad de los actos ejecutados por la parte demandada:

2.6.1. Actos de confusión, desviación de la clientela y explotación de la reputación ajena (art. 8°, 10° y 15 L. 256/96):

Acorde con lo establecido en los artículos 10° y 15 de la ley 256 de 1996³, en el caso *sub lite* no se acreditó que los demandados hubieran incurrido en los actos de confusión y de explotación de la reputación ajena, por cuanto que la parte demandante no demostró -como le correspondía- que la sociedad 3 Modular tuviera una reputación, posición o reconocimiento en el mercado, o que los clientes de Oficinas y Acabados contrataran con ella pensando que era 3 Modular o que tenía un vínculo de cualquier tipo con esta persona jurídica, de hecho, con las pruebas recaudadas se constató que todos los clientes de José Rodolfo Moncada distinguían a las sociedades 3 Modular y Oficinas y Acabados.

² Cas. Civ. Sentencia de mayo 10 de 1994, exp. 3927.

³ Artículo 10°: En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Artículo 15: Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y "similares".

Así pues, resulta indispensable descartar la configuración de los actos desleales en estudio.

2.6.2. Desviación de clientela (art. 8°, L. 256/96)

Al tenor del artículo 8° de la Ley de Competencia Desleal “*se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial y comercial*”, debiéndose agregar, en relación con este punto, que este Despacho ha dejado establecido que en el marco de los deberes objetivos de conducta cuyo desconocimiento configura el acto desleal en estudio se encuentra también el principio de buena fe comercial, como parámetro normativo inspirador de toda la disciplina de la competencia desleal⁴.

Partiendo de la anterior premisa es evidente que en el presente asunto no se configuró el acto analizado respecto de las sociedades Sudanim S.A., Habitat Glass, Unicefm y MGM Ingenieros, pues del acervo probatorio se evidencia que dichas sociedades fueron clientes del señor José Rodolfo Moncada, quien en su calidad de vendedor se encargó de mantener un vínculo comercial con aquellas tal y como se expuso en el numeral 2.4.8. de esta providencia, debiéndose agregar que durante el tiempo comprendido entre el 28 de enero de 2008 y el 13 de agosto de 2009 aquellas empresas manifestaron no haber utilizado los servicios de 3 Modular, por lo tanto, no pudo haberse generado, ni efectiva ni potencialmente, el desplazamiento de la clientela -inexistente, según se vio- hacia la sociedad Oficinas y Acabados, de ahí que no pueda sostenerse que los demandantes sufrieron la pérdida de estos clientes como consecuencia de la conducta imputada a los demandados.

No obstante, no puede emanarse igual conclusión respecto de la sociedad Consultoría Colombiana S.A. -Concol- y de todos aquellos clientes de 3 Modular, referidos por el demandado José Rodolfo Moncada, pues existe suficiente evidencia probatoria que permite colegir que dicho accionado desvió este cliente a la sociedad Oficinas y Acabados contrariando los parámetros constitutivos del principio de buena fe, entendida esta 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*”⁵, o, como lo ha establecido este Despacho en pretérita oportunidad, como “*la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones*”⁶, 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*”⁷.

En efecto, el señor Moncada, valiéndose de la relación comercial que ya mantenía con la sociedad Concol en virtud de calidad de vendedor de la sociedad 3 Modular y contrariando el acuerdo comercial que celebró con sus socios y que quedó descrito en el numeral 2.4.5. de esta providencia, logró que dicha sociedad cesará sus vínculos contractuales con la demandante para posteriormente contratar a Oficinas y Acabados, circunstancia que

4 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 16 de 2011.

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

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

7 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.

generó en cierta medida una disminución en los ingresos de la accionante, perjudicando tanto a sus socios como a la sociedad, reduciendo así las utilidades que debían percibir en el curso normal de sus negocios.

Desde luego, el hecho de que el cliente requiriera de manera excluyente los servicios del señor Moncada, independiente de la sociedad a la cual pertenecía, y que tal razón fue lo que motivó la cesación de relaciones comerciales con la sociedad demandante, no puede desvirtuar la configuración del acto desleal en estudio, pues lo cierto es que el demandado tenía el deber de ejecutar todas las actuaciones necesarias para el cabal desarrollo del acuerdo establecido, de tal forma que las ventas efectuadas con esta sociedad ingresaran al patrimonio de la accionante, conducta que se torna aún mas reprochable con el hecho de que haya efectuado manifestaciones respecto del estado de liquidación de aquella sociedad para concretar la desviación de la clientela.

Evidentemente su conducta faltó a los valores de honestidad, rectitud y honradez que debe seguir quien ha efectuado un acuerdo comercial para participar de manera conjunta en el mercado, pues lo que se espera en este tipo de alianzas es un trabajo solidario para unir fuerza o caudales con una finalidad específica en aras de beneficiar a sus asociados, lo que conlleva indefectiblemente un comportamiento leal para con sus socios.

Así las cosas, resulta indiscutible que el comportamiento de José Rodolfo Moncada fue contrario a los parámetros de honestidad y lealtad que debe regir las actuaciones de todo comerciante, en tanto que, en virtud de su calidad de socio, debió gestionar todo lo necesario para el cabal desarrollo del objeto social de la sociedad 3 Modular, y no realizar actuaciones desleales en aras de beneficiar sus propios intereses.

La anterior conclusión no se puede predicar de los señores Diana Alexandra Pulido y Giovanni Moncada, así como tampoco de la sociedad Oficinas y Acabados, pues la libre competencia es una consecuencia normal del mercado y sus conductas están desprovistas del carácter desleal que acá se exige para su configuración.

De este modo, encuentra el Despacho que José Rodolfo Moncada Moncada, cometió el acto consagrado en el artículo 8° de la Ley de Competencia Desleal, por realizar comportamientos que se apartan de los apenas exigibles a los profesionales del comercio, ajenos y contrarios a la ética y la moral, ausentes de los principios básicos de convivencia como la lealtad, la honestidad y en general comportamientos contrarios a la buena fe comercial.

2.6.3. Cláusula general de competencia desleal (art. 7, L. 256/96).

La cláusula general de competencia desleal, prevista en esta norma, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos específicos contemplados en los artículos 8° a 19° de la citada Ley 256 de 1996, razón por la cual la evocación del artículo 7° también impone la obligación de demostrar a quien la alega. Situación que no ocurrió en el *sub lite*, debido a que la conducta alegada encuadró en el artículo 8° de la precitada Ley.

En consecuencia, no es posible enmarcar la conducta de la demandada en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996.

Finalmente, puestas de este modo las cosas, la conducta de José Rodolfo Moncada debe entenderse constitutiva del acto de competencia desleal contemplado en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996, por lo que corresponde acoger parcialmente las pretensiones de la demanda.

2.7. Pretensión Indemnizatoria

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 aquella⁸, 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).

En consonancia con el artículo 177 del C. de P. C. *“incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama, de modo que no le es dado a éste conformarse con probar simplemente el incumplimiento, por parte del demandado, de la obligación genérica o específica de que se trate, puesto que la infracción de la misma no lleva ineludiblemente consigo la producción de perjuicios”* (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 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).

La desviación del cliente Consultoría Colombiana S.A. por parte de José Rodolfo Moncada hacia la sociedad Oficinas y Acabados contrariando los parámetros constitutivos del principio de buena fe comercial, generó que las utilidades reportadas por la sociedad actora durante el año 2008 fueran ingresos que 3 Modular dejara de percibir, de tal suerte que la acreditación del primero de los anotados elementos se encuentre superado. El anterior criterio de clasificación del perjuicio corresponde al concepto de lucro cesante, alusivo a las sumas que el afectado deja de percibir como consecuencia de la conducta dañosa.

Así pues, con el propósito de cuantificar el valor del daño a la actora, se tomarán las facturas obrantes a folios 22 a 27 del cuaderno 4 del expediente, mediante las cuales se realizaron ventas por parte de la sociedad Oficinas y Acabados a Consultoría Colombiana S.A., que correspondería al monto que debió haber percibido 3 Modular si José Rodolfo Moncada no hubiera realizado la conducta prevista en el artículo 8° de la Ley de Competencia Desleal.

1. Orden de servicio No.0S-6186	\$ 2.008.300
2. Orden de servicio No.0S-6075	\$ 220.000
3. Orden de servicio No.0C-5727	\$ 179.800

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 004 de julio 29 de 2008.

VALOR TOTAL VENTA

\$ 2.408.100

Aclarado lo anterior, se aplicará a dicho valor la corrección monetaria correspondiente desde el año 2008. Para esto se dará aplicación a la siguiente fórmula:

$$\text{Valor presente} = \text{Valor histórico} \times (\text{I.P.C. actual} / \text{I.P.C. inicial})^9.$$

Así las cosas, los \$2.408.100 resultantes a título de indemnización, que están expresados a valores de 2008, se indexarán con base en el I.P.C. del último mes completo para la fecha de esta providencia, por lo que, finalmente, luego de aplicada la fórmula en mención, la indemnización por el concepto en comento se fija en la suma de **\$2.708.653**, que deberá ser pagada dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Pasado este término, José Rodolfo Moncada Moncada deberá reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.

2. DECISIÓN

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

RESUELVE:

- 1. Declarar** que José Rodolfo Moncada Moncada incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7º (clausula general) de la Ley 256 de 1996.
- 2. Condenar** a **José Rodolfo Moncada** a pagar a favor de **3 Modular Ltda., José Antonio Moreno Molina y Oscar Henry Mahecha** dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de **\$2.708.653**. Pasado ese término, el demandado deberá reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.
- 3. Denegar** las demás pretensiones dirigidas contra José Rodolfo Moncada Moncada y la totalidad de las que se presentaron contra los demás integrantes de la parte demandada.
- 4. Condenar** en costas a José Rodolfo Moncada Moncada. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales,

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ

⁹ VP=2.408.100 x (110,76/ 98.47)