



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

Bogotá, D.C., Treinta (30) de abril de 2012
2019

Expediente 07069910

Demandante: JD OSSA Y COMPAÑÍA S.C.A.

Demandado: EDUE ITALIA SÁ y EDUE ANDINA LTDA.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por JD Ossa y Compañía S.C.A. (en adelante: JD Ossa) contra Edue Italia S.P.A. y Edue Andina Ltda. (en adelante: Edue Italia y Edue Andina), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes:

ANTECEDENTES

1.1. Hechos:

La demandante manifestó que inició relaciones comerciales con Edue Italia en el mes de agosto de 2005, asumiendo de forma independiente y de manera estable el encargo de promover y explotar sus negocios en Colombia, actividad para la cual comercializó lectores de billetes F30 con y sin *stacker*-expresión que se refiere a los billeteros-, validadores de billetes *SecurMoney* e impresoras térmicas para la emisión de *tickets Miniticket3*, relación comercial que, en concepto de la actora, constituyó una agencia comercial, aunque el contrato en cuestión no quedó recogido en documento alguno.

Sostuvo JD Ossa que los billeteros son mayormente usados en los sectores del *vending* (referido a máquinas dispensadoras que venden y entregan productos de consumo sin necesidad de intervención humana permanente) y del *gaming* (máquinas instaladas en casinos y en otros sitios de juegos autorizados), mercado que, para el momento de los hechos, era incipiente en la medida en que predominaba el uso de monederos.

Señaló la actora que la necesidad principal que satisfacen los billeteros es la identificación y validación de los billetes, utilizando para tal efecto "*máscaras*" que solo pueden ser producidas por el fabricante o con su autorización, circunstancia con base en la concluyó que de la naturaleza de la relación contractual celebrada entre el productor/proveedor extranjero y el distribuidor en Colombia se desprende que el primero debe suministrar las máscaras para que los productos funcionen de manera idónea, por cuanto es el único que las puede fabricar sin violar los correspondientes derechos de autor. La actora afirmó que, en consecuencia, es una práctica usual de los fabricantes suministrar las máscaras a sus clientes y mantenerlas actualizadas en el tiempo.

Así mismo, adujo que en desarrollo de las gestiones comerciales que adelantó JD Ossa en su calidad de agente comercial de Edue Italia, coordinó su participación en la feria andina de juegos de azar -FADJA 2006-, que se realizó en Bogotá los días 29 y 30 de marzo de 2006, evento durante el cual promocionó sus máquinas de *vending* y *gaming*, logrando posicionar la marca. Un ejemplo de dicho posicionamiento lo constituye, según la actora, el acuerdo que celebró con Codere de Colombia S.A. -uno de los operadores de *gaming* más grandes del país-, a quien finalmente le vendió 755 billeteros, logrando así tener una relación comercial de aproximadamente 6 meses, que estuvo vigente hasta el momento en que Edue Italia logró desviar el cliente para manejarlo con su filial Edue Andina.

Agregó JD Ossa que el 2 de octubre de 2002 Edue Italia le informó su decisión de terminar unilateralmente su representación en el país argumentando para tal efecto razones de precio y manejo directo del negocio, aspecto al que añadió que el 16 de octubre de 2006 se

Sentencia No. _____ de 2012

constituyó Edue Andina con una participación de 99% de participación de aquella sociedad extranjera. Aun así, el 5 de octubre del mismo año la actora le informó a la demandada los resultados de la reunión con los funcionarios del Banco de la República, quienes informaron al público que a partir de noviembre de 2006 saldrían al mercado dos nuevos billetes con denominaciones de \$1.000 y \$2.000.

Finalmente estableció que desde el momento en que salieron al mercado los billetes de las denominaciones citadas se presentaron continuos reclamos por parte de los clientes de JD Ossa, dirigidos a obtener la devolución del dinero e indemnizar los perjuicios, situación que aquella sociedad puso en conocimiento de la pasiva quien, después de un prolongado lapso, contestó negándose a efectuar las actualizaciones necesarias e indicando que, para ello, debía pagarse la suma de € 3.500 por las máscaras necesarias.

1.2. Pretensiones:

JD Ossa, en ejercicio de la acción declarativa y de condena prevista en el numeral 1º del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, solicitó que se declarara judicialmente que Edue Italia y Edue Andina incurrieron en los actos de desviación de clientela, desorganización y descrédito. Consecuencialmente, pidió que fueran condenadas a abstenerse de seguir ejecutando la referida conducta y a resarcir los perjuicios causados, establecidos en la suma de \$500.000.000.

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante auto No. 2440 de 2007 se admitió la demanda (fl. 225, cdno. 1). Surtida la notificación de las accionadas, Edue Italia no contestó en tiempo.

Por su parte, Edue Andina argumentó que Edue Italia no celebró un contrato de agencia comercial con la demandante, sino que su relación comercial se desarrolló en el marco de sucesivos contratos de compraventa internacional de mercaderías, aspectos que no se pueden ventilar ante esta jurisdicción.

Señaló Edue Andina que las máscaras de los billeteros se otorgan bajo unas determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, de modo que no podía pretender la accionante que la vendedora le otorgara garantías sobre hechos de terceros, sobre los cuales no tiene control alguno, máxime si en los contratos que las vincularon no se encontraba pactada dicha garantía, pues en estos solo estaban contempladas las condiciones de funcionamiento, idoneidad y desempeño, que fueron atendidas debidamente. Agregó que la actualización tiene un costo, por ese motivo JD Ossa debió demandar al Banco emisor por modificar constantemente sus billetes. Sobre el punto apuntó que lo que pretende la actora con la reclamación de las actualizaciones es obtener un beneficio por el cual no entregó contraprestación alguna, eludiendo su responsabilidad para así evitar pagar la deuda que actualmente tiene con Edue Italia, que asciende a más de €100.000.

Argumentó que la “*demora*” en la repuesta a JD Ossa por parte de los apoderados de Edue Italia no se debió a intenciones dolosas de las demandadas, sino a razones de protección contra posibles amenazas originadas en el desconocimiento de la legislación colombiana. Afirmó que, en cualquier caso, en reuniones con JD Ossa fue enfática en señalar las condiciones en que procedería la actualización en cuestión.

Acerca de la terminación de la relación contractual que la vinculó con la actora, señaló que simplemente Edue Italia no quiso vender mas productos a JD Ossa, pero ello no quiere decir que se hubiese configurado una terminación unilateral de una relación de distribución, agencia o representación, por cuanto esta nunca existió. Agregó que la empresa Edue Andina no se creó con el objetivo de competir con JD Ossa, conducta que sí ejecutó esta última sociedad

Sentencia No. _____ de 2012

en la medida en que también comercializaba billetteros de “Askoyen”, empresa competidora de Edue Italia en Europa.

Finalmente, señaló que Codere de Colombia S.A. tenía relación directa de tiempo atrás con Edue Italia, desde antes de la supuesta terminación de la relación comercial con JD Ossa, circunstancia de la que concluyó que aquella sociedad mercantil es libre de escoger a quién le compra. Adicionalmente, alegó que ninguno de los supuestos clientes de JD Ossa es actualmente cliente de Edue Andina, a lo que añadió, con fundamento en lo que manifestó Vending de Colombia S.A., que JD Ossa omitió informarle a sus clientes que podían adquirir la máscara nueva por el precio acordado, situación que hubiera generado en aquellos la tranquilidad necesaria para proceder a ello, aspecto sobre el cual llamó la atención en que con una sola máscara JD Ossa hubiera podido atender a todos y cada uno de los clientes que necesitaba.

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:

El que un comerciante dedicado a la fabricación de un equipo especializado decida terminar una relación mercantil con el único comercializador de sus productos para luego constituir una sociedad dedicada, precisamente, a esa actividad de comercialización teniendo como cliente al principal comprador del inicial vendedor, así como la negativa a otorgar un servicio necesario para garantizar el funcionamiento de los artículos en cuestión, constituyen conductas que resultan idóneas para mantener e incrementar la participación en el mercado de quienes las ejecutan.

Así mismo, en el presente asunto está claro que las partes de este proceso participan en el mercado colombiano mediante el ofrecimiento al público de billetteros para los segmentos denominados *vending* y *gaming*, actividad que desarrollan en todo el territorio nacional, de donde se sigue, entonces, que los efectos de la conducta denunciada están llamados a producirse en el mercado colombiano.

2.2. Legitimación:

Partiendo de la participación de la demandante en el mercado de la comercialización de lectores de billetes F30 con y sin receptáculo -billetteros-, validadores de billetes *SecurMoney* e impresoras térmicas para la emisión de *tickets Miniticket3*, todos fabricados por Edue Italia, es claro que la conducta de las accionadas, consistente en terminar la relación comercial que acá interesa de manera intempestiva e iniciar inmediatamente la distribución de aquellos productos en el país, tiene la potencialidad de afectar los intereses económicos de JD Ossa.

Los demandados, por su parte, están legitimados para soportar la acción en la medida en que se demostró que Edue Italia terminó la relación comercial que la vinculaba con la actora y que su filial, Edue Andina, inició el desarrollo de la actividad mercantil ejecutada por la accionante, especialmente con su cliente más significativo.

2.3. Problema jurídico:

El problema jurídico planteado se circunscribe a establecer si, en las condiciones que se presentaron en este asunto, la forma en que Edue Italia terminó la relación comercial que la vinculaba con JD Ossa y la posterior introducción en el mercado de la comercialización de

Sentencia No. _____ de 2012

productos fabricados por aquella sociedad por parte de Edue Andina, así como la negativa por parte de la demandada a actualizar un *software* necesario para el funcionamiento del equipo en cuestión, constituyen los actos desleales denunciados.

2.4. Hechos probados relevantes para el caso:

Con fundamento en las pruebas decretadas, recaudadas y practicadas a lo largo de la actuación, se pueden tener por acreditadas las siguientes circunstancias fácticas:

2.4.1. JD de Ossa se dedicaba -para la época de los hechos- a importar productos de la marca Edue Italia, tales como lectores de billetes F30 -con y sin *staker*-, validadores de billetes *SecurMoney* e impresoras térmicas para la impresión de *tickets Minitecket3* (fls. 3 a 4 y 212, cdno. 1).

2.4.2. Edue Italia se dedica a la fabricación y comercialización de aparatos electrónicos y mecánicos, la contratación de representaciones, agencias y comisionarias, tanto en Italia como en el exterior (fls.16 a 17, cdno. 1).

2.4.3. Por su parte, Edue Andina se dedica a importar y comercializar los productos fabricados por Edue Italia.

2.4.4. Mediante el correo electrónico de fecha 2 de octubre de 2006, Hector Amici, persona autorizada por Edue Italia, comunicó a Javier Ossa, representante legal de la actora, la decisión tomada por la dirección de aquella sociedad el 29 de septiembre del mismo año, consistente en que *“Edué Italia decidió seguir directamente y sin intermediarios el mercado de Gaming Exterior, esto comporta que el experimento realizado en Colombia con la sociedad JD OSSA con quienes hemos probado a promover los productos en el Gaming Local, sea concluida lo antes posible”*. Así mismo, agregó que *“esta misma prueba confirma la validez de la decisión de la dirección, este sector deja márgenes estrechos por cada pieza, factor que impide tener un intermediario”*. Finalmente, sostuvo que *“siempre que de parte de la sociedad JD OSSA no pongan obstáculos, es posible continuar el reparto de colaboración en el sector vending, donde los márgenes superiores permiten operar con un distribuidor”* (fl. 99, cdno. 1.).

Como consecuencia de lo anterior, Javier Ossa, en la misma fecha y por la misma vía, dio respuesta a la transcrita comunicación, argumentando que *“no es serio que se cancele un acuerdo en que por nuestra parte hemos dado sobradas demostraciones de seriedad, compromiso y cumplimiento, aún a consta de llevar la peor parte en el negocio. Hemos demostrado que a pesar de perder dinero en cada negocio con Codere, he estado cumpliendo día a día con mi compromiso”,* a lo que agregó que *“está de por medio mi reputación personal, la de mi empresa y quienes en ella laboran y por ende, el nombre de EDUE, empresa a la que estoy representando y a la que he hecho quedar bien (...) no estoy de acuerdo contigo en señalar expresamente que el negocio del gaming requiere unas condiciones diferentes a las del vending. Aquí el caso puntual es el negocio con CODERE y el cual ha tenido condiciones muy especiales que tú les propusiste”*.

En línea con lo dicho, resaltó que *“quizás el directorio de tu compañía [haciendo referencia a Edue Italia] no ha tenido claro que el problema de precios es solamente con una empresa a la cual se escogió para ingresar al mercado Colombiano y que luego desde este punto se derivarían nuevos negocios”,* señalando finalmente que *“esto no puede ser tan fácil como decir que no vamos más (...) no es procedente que de esta manera y sin consideración alguna por el trabajo que hemos hecho y una alta inversión realizada, se tome una decisión sin tener en cuenta mi parte”*. (fls. 98 y 99, cdno. 1).

A dicha misiva, Hector Amici dio respuesta el mismo día, estableciendo que *“est[á] muy sorprendido de su reacción [haciendo referencia Javier Ossa], pareciera que nosotros te*

Sentencia No. _____ de 2012

hubiésemos colocado en esta situación sin darte la posibilidad de no aceptarla para luego dejarte solo y sin ningún tipo de apoyo... realmente increíble!!!, además argumentas el problema gaming a un solo cliente (Codere) cuando sabes perfectamente que para nosotros se trata de todo el mercado visto que el precio promocional dado en un primer momento solo para CODERE bajo tu insistente presión no sólo bajó sino que es aplicado a todo el mercado. Punto al que agregó que "tienes que entender que esta fue una prueba y que no funcionó y que no tiene ninguna posibilidad de funcionar (...) sería una buena cosa que tu comenzaras a ocuparte del Vending en manera concreta y así poder obtener los resultados que potencialmente son interesantes pero que hasta el momento no se han visto" (fl. 98, cdno. 1).

2.4.5. Mediante correo electrónico de 5 de octubre de 2006, Javier Ossa envió una comunicación a Diego Cea, con copia a Guillermo Álvarez, Héctor Amici y Rafael Morales, en la que informó que mediante una reunión realizada el día anterior con funcionarios del Banco de la República de Colombia, fueron informados que a partir del mes de noviembre de ese mismo año entrarían en circulación dos nuevos billetes con denominaciones de \$1.000 y \$2.000, razón por la cual solicitó indicaciones respecto de los requerimientos necesarios para la elaboración de una nueva máscara una vez se tuvieran los billetes en físico (fl. 102, cdno. 1).

2.4.6. En Misivas enviadas a Héctor Amici, los días 29 de noviembre, 5 y 6 de diciembre de 2006, Javier Ossa solicitó las garantías y actualización de los billeteros como consecuencia del hecho descrito en el párrafo anterior y de la circunstancia "de no ser" los distribuidores en Colombia (fls. 123 y 124, cdno. 1).

2.4.7. El 19 de diciembre de 2006, Javier Ossa envió un nuevo correo electrónico a Héctor Amici y William Iori, en el cual solicitó "respuesta sobre la actualización de los billeteros para la denominación de 1000 y 2000", por cuanto estos estaban en circulación en el país desde la primera semana de noviembre. Frente a lo anterior, Alberto Mario Páez Bastidas, representante de Edue Italia en Colombia, lejos de dar una respuesta concreta -en cualquier sentido- reclamó a Javier Ossa la solicitud que realizó de forma directa a los representantes de aquella sociedad extranjera.

2.4.8. El 20 de diciembre de 2006 Alberto Mario Páez Bastidas, vía correo electrónico, le manifestó a Javier Ossa su intención de fijar una reunión porque Edue Italia tenía interés en dialogar sobre la prestación del servicio técnico, adujo que "esta es la respuesta que usted necesita para prestar el servicio técnico la cual ha sido reiterada en varias comunicaciones por nosotros". Al respecto, Javier Ossa manifestó que "mi posición frente a seguir pidiéndole a EDUE que fije una definición referente a la asistencia técnica la mantendré, en tanto que no he recibido una respuesta al respecto" (...) "la dilación en la entrega de esa asistencia técnica nos pone cada vez en una situación desventajosa con nuestros clientes, los cuales pedirán el pago por los perjuicios que este incumplimiento está causándoles", aspecto al que agregó que "si el señor Amici hubiese asistido a la reunión programada, seguramente hubiese fijado una posición al respecto y que nos habría permitido darle una respuesta a nuestros clientes" (fl. 137, cdno. 1).

2.4.9. Entre el 19 de diciembre de 2006 y el 19 de febrero de 2007, las partes intercambiaron comunicaciones vía correo electrónico, documentación toda que obra en el expediente y de la que se evidenció la ausencia de una respuesta contundente -en cualquier sentido- por parte de la sociedad extranjera demandada, situación que implicó que la actora no tuviera certeza para ofrecer a sus clientes una respuesta clara y oportuna en cuanto a sus solicitudes.

Como fundamento de la anterior conclusión, pueden consultarse los correos del 19 de diciembre de 2006 enviado por JD Ossa a Alberto Mario Páez Bastidas y su respectiva respuesta (fl. 136 cdno. 1), aquel remitido el 21 de diciembre junto a su contestación (fl. 141 a 143, cdno. 1), el datado el 23 de diciembre (fl. 145, cdno. 1), el suscrito el 26 de diciembre de

Sentencia No. _____ de 2012

2006 (fl. 147, cdno. 1), así como los del 5 de enero de 2007 (fl. 150, cdno. 1), 25 de enero (fl. 154, cdno. 1) y los del 3, 5, 6, 8 y 19 de febrero de la misma anualidad (fls. 12 a 16, cdno 3).

Todas y cada una de las citadas comunicaciones dan cuenta de hechos tales como que Edue Italia creó una expectativa en JD Ossa en cuanto a la solución cercana del problema referente al tamaño de los billeteros con ocasión del cambio de los billetes por parte del Banco de la República Sin embargo, días después mostró su intención de no respaldar su dicho, aduciendo que tal situación *“no era un hecho que Edue Italia debiera conocer”* y que, por lo tanto, *“Edué Italia, no se encuentra obligado a prestar soporte técnico alguno a bienes vendidos por JD Ossa”*. Así mismo, es claro que tiempo después, ante la insistencia de JD Ossa en torno a la actualización de los billeteros, Edue Italia guardó silencio, a pesar de ser consciente de la situación, conclusión que emerge del correo suscrito por Héctor Amici, enviado el 3 de febrero a María Alejandra Brijaldo Acosta, en donde se lee *“este hombre [haciendo alusión a Javier Ossa] está intentando comunicarse nuevamente con nosotros (...) se le olvidó que es con ustedes que tiene que hablar, que hacemos?”*. Finalmente, es claro que las partes acordaron explorar una vía de arreglo y conciliación previo a iniciar acciones legales, compromiso que no fue atendido por la pasiva toda vez que en enero de 2012 inició un proceso ejecutivo en contra de la demandante.

2.4.10. Durante el periodo comprendido entre diciembre de 2006 y febrero de 2007 los siguientes clientes enviaron comunicaciones a JD de Ossa, algunos con el fin de devolver los billeteros adquiridos, otros solicitando la actualización de las máscaras y otros solicitando una indemnización de perjuicios y la devolución del dinero: David Valdés Salemi (fl. 183, cdno. 1), Ferney Bedoya (fl. 184, cdno. 1), Carmen Elisa Serrano Muñoz (fl. 185, cdno. 1), Edwin Weasson (fls. 187 y 188, cdno. 1), María Patricia Gaviria (fls. 189 y 190, cdno. 1), Samuel Álvarez (fl. 192, cdno. 1), Germán Torres (fls. 193, 194 y 195 cdno. 1), José Agustín López Rippe (fl. 188, cdno. 1), Luis Fernando Luque Salcedo (fl.189, cdno. 1), Mónica Restrepo (fl. 191, cdno. 1), Mónica María Pulido (fl. 192, cdno. 1), Olga Navia Tejada (fl. 193, cdno. 1) y Víctor Manuel Guzmán Mogollón (fl. 194, cdno. 1).

2.4.11. Según lo manifestado por el representante legal de Edue Andina al rendir su declaración de parte, la relación entre Codere de Colombia S.A. y aquella sociedad inicio seis meses después de la constitución de esta última, aspecto en relación con el cual manifestó que *“nosotros fuimos los que conseguimos el cliente en sí, el cliente necesitaba unos billeteros, nos contactó y nosotros les vendimos, de pronto fue porque claramente habían unas ventas, o porque conocía el billetero porque este es de tipo internacional no es que necesariamente se deba conocer en Colombia porque lo puede hacer cualquier persona que se dedique al gaming o al vending, fue así como se contactó con ellos no hubo en sí mismo una transición, nos contactaron, necesito 40 billeteros y le vendimos y ya, no hubo una transacción previa”* (minuto 7 de su declaración).

Sobre este aspecto, debe resaltarse que la constitución e intervención en el mercado de Edue Andina se estuvo gestionando de manera simultánea al prolongado lapso que tardó la parte demandada en otorgar una respuesta a las reclamaciones de JD Ossa.

2.4.12. Codere de Colombia SA. entró en contacto e inició relaciones comerciales con JD Ossa con motivo de una feria realizada en el primer semestre de 2006. Luego de que Edue Italia terminó su relación comercial con la actora, aquel cliente acudió a Edue Andina, tal como se desprende de la declaración de Elkin Oved Ortíz, Jefe de Laboratorio de Codere DE Colombia S.A., quien afirmó que *“cuando iniciaron las negociaciones, el gerente de Edue Italia vino y estuvieron hablado con mi jefe (...) eso fue como en el 2006 cuando se hizo el primer contacto”*, aspecto al que agregó que la sociedad demandada le prestó de manera gratuita el servicio de mantenimiento de los equipos con los que ya contaba el cliente (fl. 32, cdno. 5).

Sentencia No. _____ de 2012

2.4.13. El precio que cobró Edue Italia por la actualización de los billeteros fue de € 3500, aspecto fáctico que aparece acreditado en las comunicaciones enviadas el 8 de febrero de 2007 por Edue Italia a JD Ossa, y se corroboró en la contestación de la demanda presentada por Edue Andina.

2.4.14 JD de Ossa vendió, solo a Codere de Colombia S.A., su cliente más significativo, la suma de \$840'007.798,00 en productos de la marca Edue, acorde con lo que emerge de las facturas obrantes a folio 1,2,7,13, 18, 25, 26, 29, 30, 31, 38, 39,47, 48, 62, 63, 68 y 71 del cuaderno 6. Sobre este punto, debe agregarse que, además que el perito conceptuó que las utilidades de la gestión de JD Ossa fueron considerables, la parte demandada no aportó elemento de prueba alguno para acreditar que los precios a los que la ahora demandante estaba vendiendo sus productos eran demasiado bajos.

2.5. Análisis de la deslealtad de las conductas concurrenciales ejecutadas por los demandados:

2.5.1. Perfiles de la relación comercial existente entre las partes.

A pesar que el contrato que acá interesa no fue documentado, resulta claro que lo que se pretendió crear, lejos de una relación comercial limitada a la importación de los productos identificados con la marca Edue para su reventa en territorio colombiano, corresponde a una relación con una expectativa de duración, de necesaria estabilidad.

Así debe inferirse de lo que afirmó el representante de Edue Italia en el correo electrónico enviado a Javier Ossa para dar por terminada la relación comercial que acá interesa: *"el experimento realizado en Colombia con la sociedad JD Ossa con quienes hemos probado a promover los productos del Gaming Local, sea concluida lo antes posible"* (se resalta).

En efecto, de dicha comunicación se desprende que una de las obligaciones de JD Ossa consistía en "promover" los productos de Edue Italia, de modo que la función de aquella sociedad trascendía de la mera reventa de productos y tocaban lo relacionado con la promoción de los mismos, concepto este que, acorde con lo que ha dejado establecido la jurisprudencia en casos cuyos puntos esenciales encuentran similitud con los del asunto que ahora se estudia, *"comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve (...) hasta la conquista del cliente"*, incluyendo *"la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma"*¹, efecto que también tiene lugar porque la ejecución de las obligaciones emanadas de ese tipo de relaciones comerciales impone a la parte encargada de la gestión en referencia *"organizar su propia empresa (...) empresa que de suyo, es la regla, supone inversiones de disímil valía, contrataciones laborales o profesionales de cierta estabilidad y, en todo caso, una labor cuyos réditos sólo el paso del tiempo puede hacer patentes, según las circunstancias"*².

La anterior conclusión se encuentra reforzada porque, como emerge del testimonio de Rafael Morales, quien prestó sus servicios para todas las sociedades que fungen como parte de este proceso en el cargo de director técnico y vendedor de billeteros, así como de la declaración de Germán Torres Manrique, quien fungió como representante de Edue Italia en Colombia, JD Ossa era reconocido en el mercado como distribuidor de los productos de aquella sociedad extranjera. De otra parte, el considerable volumen de ventas de la actora por valor de \$840'007.798,00 -solo con el cliente Codere de Colombia S.A.- durante el periodo de 6 meses en el que se desarrolló la relación comercial que interesa en este caso, sin que se hubiera demostrado la existencia de otro distribuidor de tales artículos en el mercado colombiano, son

¹ Cas. Civ. Sentencia de febrero 28 de 2005, exp. 7504.

² *Ibídem.*

Sentencia No. _____ de 2012

elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión ya comentada: que la accionante estuvo a cargo de la promoción y el posicionamiento de los productos de Edue Italia hasta el momento en que, de manera sorpresiva, esa sociedad demandada dio por terminada unilateralmente la relación comercial correspondiente.

2.5.2. Actos de desorganización y descrédito (art. 9º y 12º de la Ley 256 de 1996):

Pártase por precisar que para que la conducta de un empresario pueda considerarse constitutiva del acto desleal en estudio es preciso que se realice la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas y/o impertinentes, que resulten aptas objetivamente para perjudicar el prestigio o buen nombre del competidor en el mercado³, elementos todos que, de conformidad con el artículo 177 del C. de P. C., deben ser acreditados por la parte demandante.

En este caso, debe recordarse que el fundamento de la pretensión de la parte demandante se encuentra en que Edue Italia difundió entre los clientes de JD Ossa que aquella *“no tiene responsabilidad en la actualización de los billeteiros y que son concientes de la situación que la conducta negligente de JD Ossa ha causado a sus clientes”*.

Sin embargo, dicha aseveración, en las condiciones que se presentaron en este caso, es verdadera, exacta y pertinente, pues la demandante no demostró que Edue Italia hubiera tenido la obligación de realizar las actualizaciones necesarias a sus productos como consecuencia de la modificación en los billetes de \$1.000 y \$2.000 establecida por el Banco de la República, a lo que conviene agregar que no se acreditó que la referida sociedad extranjera hubiera asumido esa obligación de garantía con ocasión del contrato que la vinculaba con JD Ossa, ni tampoco se probó la existencia de una costumbre mercantil que impusiera a la demandada una obligación del tipo que se comenta.

De otra parte, la transcrita aseveración es exacta, pues a falta de la obligación de garantía que invocó JD Ossa es adecuado informar al consumidor reclamante la persona que debe responder por el defecto del producto que adquirió, información que, a todas luces, es pertinente en la medida en que permite al consumidor ejercer correctamente las acciones procedentes.

Ahora bien, aunque Edue Italia afirmó que JD Ossa fue negligente en lo relacionado con la modificación de los productos que había comercializado, lo cierto es que, a falta de una obligación en cabeza de aquella sociedad que le impusiera actualizar, a modo de garantía, los equipos, era JD Ossa quien estaba llamada a responder ante los compradores de tales artículos, de modo que no hacerlo, o no prever las condiciones para hacerlo aunque estaba advertida de la modificación de los billetes, bien podría fundamentar una acusación de negligencia como la divulgada por Edue Italia.

Debe aclararse, sin embargo, que lo que se considera reprochable no es que Edue Italia no procediera a la actualización de los productos, pues no era una obligación que le correspondiera, sino la conducta -en su conjunto- dirigida a desviar la clientela que JD Ossa había forjado, haciendo parte de esa estrategia la dilación en el otorgamiento de una respuesta definitiva a esta sociedad respecto de su solicitud de actualización. En resumen, lo desleal no fue abstenerse de actualizar, sino dilatar una respuesta, generar una expectativa de atención y, simultáneamente, gestionar la desviación de los clientes de JD Ossa, aspecto que pasan a explicarse a continuación.

³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 32749 de 2004, exp. 02020504

Sentencia No. _____ de 2012

2.5.3. Del acto de desviación de la clientela (art. 8º de la Ley 256 de 1996).

Al tenor del artículo 8º 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.

En relación el principio de buena fe, el mismo 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*”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.

Sobre la base de las anteriores consideraciones de carácter teórico, es evidente que la conducta de las demandadas contrarió el parámetro normativo recién explicado.

Ciertamente, en este caso se logró demostrar que fue JD Ossa, en ejercicio de su función como promotor de los productos de Edue Italia, quien contactó y cautivó a Codere de Colombia S.A. y quien sobre la base de ese contacto, inició con dicha empresa una relación comercial que condujo a la venta de 755 billetes en solo 6 meses y a una expectativa de venta de por lo menos 1700 billetes más, convirtiéndose aquella en su principal cliente. Fue en ese contexto en el que de manera sorpresiva e injustificada -máxime teniendo en cuenta los resultados de la gestión de JD Ossa- Edue Italia dio por terminada la relación comercial que la vinculaba con aquella sociedad aduciendo que el “experimento” que realizó con ella le demostró que le convenía más actuar directamente en el mercado colombiano, experimento del que, debe resaltarse, nunca fue enterada la sociedad demandante.

El anterior comportamiento, que por sí mismo es reprochable, se vio fortalecido por una situación coyuntural: la modificación de los billetes de \$1.000 y \$2.000 por parte del Banco de la República. En ese contexto, y terminada la relación comercial que acá interesa, Edue Italia evadió durante un lapso considerable su obligación de otorgar una respuesta -en sentido afirmativo o negativo- a las reclamaciones de JD Ossa, con lo que le generó una expectativa que, en últimas, se tradujo en una mala atención a los clientes de la sociedad demandante en la medida en que obstaculizó la labor de la actora encaminada a encontrar soluciones al problema presentado. Ahora bien, cual si lo anterior fuera poco, de manera simultánea, y mientras JD Ossa no podía reaccionar a la complicación de la medida adoptada por el Banco Central debido a la indecisión de la accionada, esta última contactó directamente a Codere de Colombia S.A., le ofreció servicios de mantenimiento gratuito y, finalmente, la vinculó como cliente de su filial, Edue Andina.

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.

Sentencia No. _____ de 2012

Obviamente, la conducta descrita comportó un aprovechamiento indebido y reprobable del esfuerzo de JD Ossa en la promoción de los productos Educe, circunstancia que, por lo mismo, desconoció el principio de la buena fe comercial y, en la medida en que se demostró idónea para desviar la clientela de la actora, configuró el acto desleal contemplado en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996.

2.6. 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).

Es de resaltar que conforme lo expresa la jurisprudencia, un problema análogo a la certeza del daño, es la que *“suscita la pérdida de una oportunidad (perte de chance, pedita di una chance, loss of chance, del Verlust einer Chance), o sea, la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio”*. Es decir, que *“por su naturaleza y el interés jurídico tutelado, en una orientación la oportunidad constituiría, ya una simple expectativa de hecho respecto de una ventaja eventual cuya destrucción por esta inteligencia no es resarcible, bien una expectativa de derecho protegida y reparable en determinados casos, ora un valor e interés integrante del patrimonio del sujeto, titular de una concreta y cierta oportunidad, susceptible de autónoma valoración jurídica y económica”*.

Conforme a lo anterior, *“la pérdida de una oportunidad comporta a la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable, evitando por un lado, la injusticia de no repararlo, y por otro lado, la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento puede o no causarlo”*⁹ (Sentencia de Casación, CSJ, Sentencia de 9 de septiembre de 2010. MP: Dr. William Namén Vargas).

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

⁹ *“la supresión definitiva de una oportunidad podrá comprender el reconocimiento de los costos, desembolsos o erogaciones inherentes a su adquisición, el valor de la ventaja esperada o de la ventaja experimentada, cuando los elementos probatorios lleven al juzgador a la seria, fundada e íntima convicción a propósito de la razonable probabilidad de concreción futura del resultado útil, por lo cual, a diferencia del lucro cesante, o sea, la ganancia o*

Sentencia No. _____ de 2012

En este caso, el primer elemento de responsabilidad se encuentra superado por cuanto terminar una relación con expectativa de duración de forma intempestiva para luego apropiarse del principal cliente forjado por la contraparte contractual logrando efectivamente desviarlo, tiene idoneidad de producir una afectación a quien la sufre, consistente en la pérdida de la utilidad neta esperada.

Sobre lo comentado, cumple precisar que la frustración de la ganancia esperada, según se desprende del material probatorio allegado al expediente, ocurrió con ocasión de la terminación de forma intempestiva de la relación comercial que sostenía Edue Italia con la actora, lo cual da cuenta de dos eventos que permiten consolidar el perjuicio: de un lado, la labor de promoción que venía haciendo la actora en todo el territorio nacional para la consecución de clientes y, del otro, porque una vez se terminó la relación comercial con la activa, el cliente principal de esta se trasladó a las arcas de la pasiva.

El anterior criterio de clasificación del perjuicio corresponde al concepto de pérdida de oportunidad, en el cual su tasación comporta la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística con distribución equilibrada, que acorde con el dictamen pericial asciende a la suma de \$85.050.000 por concepto de los ingresos que hubiese podido percibir JD Ossa si hubiera continuado con la venta de productos de la marca Edue. Esta suma corresponde a lo que vendió Edue Andina durante el año 2007, debiéndose resaltar que el referido concepto sirve de base a una indemnización en la medida en que, en las condiciones del caso, es razonable concluir que las ventas de Edue Andina durante la mencionada anualidad correspondieron a las gestiones que había adelantado JD Ossa en el posicionamiento de la marca Edue, máxime si se tiene en cuenta que la aludida sociedad demandada simplemente se apropió de los clientes de la actora.

Aquellas sumas, de no haber sido por la terminación intempestiva de la relación comercial por parte de Edue Italia y de la entrega de los clientes a Edue Andina, hubiesen ingresado al haber patrimonial de la demandante, razón por la cual el Despacho procederá a realizar la tasación en equidad conforme a lo establecido por la jurisprudencia, la cual ha determinado que *“la supresión definitiva de una oportunidad podrá comprender el reconocimiento de los costos, desembolsos o erogaciones inherentes a su adquisición, el valor de la ventaja esperada o de la ventaja experimentada, cuando los elementos probatorios lleven al juzgador a la seria, fundada e íntima convicción a propósito de la razonable probabilidad de concreción futura del resultado útil, por lo cual, a diferencia del lucro cesante, o sea, la ganancia o provecho que deja de reportarse, en ella no se tiene la utilidad, tampoco se extingue, y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida”*¹⁰. En este caso se estima conveniente fijar el 90% del valor antes nombrado, de la siguiente forma:

Valor de las ventas efectuadas por Edue Andina en el en el año 2007	\$85.050.000
90% del valor recibido por Edue Andina en el 2007	\$76.545.000

Aclarado lo anterior, es preciso adicionar a los \$76.545.000 que constituyen el daño que en la época de los hechos se causó a JD Ossa, la corrección monetaria correspondiente desde el año 2008. Para esto se dará aplicación a la siguiente fórmula:

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

Así las cosas, los \$76.545.000 resultantes a título de indemnización, que están expresados a valores de 2006, se indexarán con base en el I.P.C. para la fecha de esta providencia, por lo

provecho que deja de reportarse, en ella no se tiene la utilidad, tampoco se extingue, y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida” (Cas. Civ. Sentencia jun. 24 de 2008)

¹⁰ (Cas. Civ. Sentencia jun. 24 de 2008)

Sentencia No. _____ de 2012

que, finalmente, luego de aplicada la fórmula en mención, la indemnización por el concepto en comento se fija en la suma de **\$90.336.094**, que deberá ser pagada dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Pasado este término, las demandadas deberán reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.

En cuanto a la objeción por error grave formulada por las demandas contra el dictamen pericial de Oswaldo Palacios Silva, fundada en que (i) no existe claridad sobre los documentos usados como soporte del peritazgo; (ii) que el dictamen contiene aseveraciones respecto de las cuales no se solicitó pronunciamiento; (iii) que el perito determinó el origen y destino de las ventas de una de las demandadas sin conocer su contabilidad y le imputó las ventas dejadas de realizar por la demandante sin un criterio técnico; (iv) que el perito estableció situaciones fácticas omitiendo hacerlo desde la ciencia que maneja, y (v) que el peritazgo es inconducente por establecer un punto claro de derecho, debe decirse que los defectos denunciados no tienen la connotación suficiente para constituir un error grave.

En efecto, el perito no se pronunció sobre un asunto distinto al que le fue confiado, pues su concepto, lejos de exceder el objeto de la pericia, encontró relación con el mismo, a lo que se debe agregar que expuso los fundamentos técnicos que le permitieron concluir la suma que habría podido constituir el perjuicio causado a la parte demandante, circunstancias que imponen acoger el valor probatorio de la experticia en los términos del artículo 241 del C. de P. C. En todo caso, debe resaltarse que ninguna de las conclusiones afectadas por la objeción, ya resumida, fue tomado como base para la decisión contenida en esta providencia.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que **Edue Italia S.P.A. y Edue Andina Ltda.** incurrieron en el acto de competencia desleal de desviación de clientela (art. 8, Ley 256/96), de conformidad con las razones expuestas en parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **Edue Italia S.P.A. y Edue Andina Ltda.**, a pagar a favor de **JD OSSA y CÍA S.C.A.**, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de **noventa millones trescientos treinta y seis mil noventa y cuatro pesos (\$90.336.094)**. Pasado ese término, aquellas deberán reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones incluidas en la demanda.

CUARTO: CONDENAR a la parte demandada al pago de las costas del proceso. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ