



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

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil diez (2010)

Sentencia No. 20

Expediente: 06117234

Demandante: Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A.

Demandado: Servir S.A. y Solsalud Entidad Promotora de Salud S.A.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A. contra Servir S.A. y Solsalud EPS S.A., para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1 Los hechos de la demanda:

Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A. que presta sus servicios en todo el país y que inició su actividad empresarial en Bucaramanga en 1997, afirmó que para desarrollar su objeto social en esta ciudad contrató con la sociedad Servir S.A. la prestación de los servicios de salud de la referida sociedad. Esta relación contractual se dio por terminada el 28 de febrero de 2006, ante la negativa de Servir S.A. de suscribir los documentos que legalizaban dicho vínculo contractual.

Informó la demandante que desde el momento de la terminación del contrato, los funcionarios de Servir S.A. recurrieron a múltiples maniobras desleales para desviar la clientela *“utilizando engaños para confundirla y, en algunos casos, forzando a trasladar su afiliación a [la también demandada] Solsalud EPS”* (fl. 100, cdno. 1), por lo que haciendo uso de la base de datos de clientes entregada por la actora, realizaron mercadeo telefónico y enviaron comunicaciones y volantes a las personas afiliadas a Coomeva EPS S.A. (fls.16 a 60, cdno. 1), efectuando *“afirmaciones engañosas y carentes de verdad”* (fl. 100, cdno. 1). Con el mismo fin, ubicaron a los asesores comerciales de la EPS Solsalud en la sede de Servir S.A. ubicada en la Calle 42 con carrera 33 y así lograr el traslado de los afiliados a su sociedad mercantil, lo cual generó *“una gran deserción de afiliados de Coomeva EPS S.A. hacía Solsalud EPS en la zona Nororiental del país”* (fl. 108, cdno. 1).

Aseveró la actora que las demandadas descalificaron en forma pública la calidad de los servicios de Coomeva EPS S.A., a través de la publicación realizada el día 7 de abril de 2007 en el periódico de más amplia circulación en Santander *“Vanguardia Liberal”*, en el cual hacían afirmaciones tales como que a partir de la terminación del contrato con Servir S.A. se generaría un *“detrimento de la calidad en la prestación de los servicios de salud a los usuarios de la EPS”*, situación que, según se adujo, fue contrarrestada por la actora ordenando una publicación en el mismo diario -Vanguardia Liberal-, en el cual informó a su red de afiliados *“la situación real del servicio que les seguiría prestando y, sobre la terminación del contrato con Servir S.A.”* (fl. 106, cdno. 1).

Para Coomeva EPS S.A., las conductas realizadas por Servir S.A. y Solsalud EPS S.A. configuran actos contrarios a la prohibición general, desviación de la clientela, explotación de la reputación ajena, comparación, descrédito, confusión, desorganización, inducción a la ruptura contractual, violación de normas y violación de secretos.

1.2. Pretensiones:

En ejercicio de la acción declarativa y de condena contemplada en el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, la parte demandante solicitó que se declare que las sociedades demandadas infringieron los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 9° (Desorganización), 10° (confusión), 11° (engaño), 12° (des crédito), 13° (comparación), 15° (explotación de la reputación ajena) y 16° (violación de secretos) de la Ley 256 de 1996. Consecuencialmente, pidió que se ordenara a las accionadas cesar las conductas desleales, rectificar a través del diario Vanguardia Liberal las informaciones engañosas, incorrectas y falsas producto de la actividad desleal desplegada, lo mismo que indemnizar los perjuicios, tanto materiales como morales ocasionados al Good Will de la actora y al pago de las costas procesales.

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante auto No. 5688 de diciembre 11 de 2006 se admitió la demanda introductoria del presente proceso (fl. 148, cdno. 1).

La sociedad accionada Solsalud EPS S.A., al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones elevadas por el actor sin formular excepción alguna, aduciendo que no ha utilizado la base de datos de Coomeva, ni ha realizado mercadeo telefónico, pues *“jamás ha utilizado en forma directo o indirecta conductas diferentes a una libre y sana competencia para participar en el mercado concurrencial de la salud”* (fl. 191, cdno. 1) y, respecto del traslado de afiliados, arguyó que obedeció a la expresión de la voluntad de las personas de seguir siendo atendidas por Servir S.A.

Con el mismo fin, la demandada Servir S.A., se opuso de manera expresa a las pretensiones formuladas, limitándose a dar respuesta formal a los hechos formulados en la demanda principal indicando, que la publicación efectuada *“no contiene afirmaciones incorrectas, falsas o contrarias a la realidad, [por el contrario] se soporta en hechos veraces y sus motivaciones son plenamente lícitas”* (fl. 205, cdno. 1).

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

Por medio del auto No. 1065 de 2007 las partes fueron citadas a la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P. C. (fl. 222, cdno. 1), oportunidad en la que, si bien se presentó un acercamiento entre las partes no se concretó un acuerdo conciliatorio que pusiera fin al litigio (fl. 230 a 234, *ib.*). Mediante auto No. 1968 de 2007 se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes (fl. 251 a 259, *ib.*).

1.5. Alegatos de conclusión:

A través de auto No. 397 de 2008 se corrió traslado a las partes para alegar, conforme lo dispone el artículo 414 del C. de P. C. (fl. 86 a 88, cdno. 4). En esa oportunidad la demandada Solsalud EPS S.A. insistió en la posición que había dejado establecida en su acto de postulación, en tanto que la demandada Servir S.A., allegó los suyos de forma extemporánea y, por su parte, la demandante se abstuvo de formular alegatos.

2. CONSIDERACIONES

Habiéndose agotado las etapas procesales y en ausencia de nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

2.1. La *litis*:

La tarea que debe acometer este Despacho en aras de resolver el litigio materia de estudio, consiste en establecer si las conductas desplegadas por Servir S.A y Solsalud EPS S.A., resultaron idóneas para inducir, en error a los consumidores –afiliados- y lograron menoscabar la reputación o prestigio de la actora en el mercado de la salud y si ocasionaron, como consecuencia, el traslado de los afiliados vinculados a Coomeva a las sociedades demandadas. No obstante, previo a todo ello se abordará el estudio de los presupuestos de aplicación de la Ley 256 de 1996.

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

2.2.1. Ámbito objetivo

Según el artículo 2º de la citada Ley de competencia desleal, *“los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”*. Las publicaciones ordenadas por Servir S.A. en el Diario vanguardia Liberal y las comunicaciones remitidas por Solsalud EPS S.A. ofertando sus servicios en la que antes era la IPS de Coomeva EPS S.A., se constituyen como objetivamente idóneas para incrementar la participación en el mercado de las demandadas, en la medida en que la conducta desplegada resulta apta para atraer mayor número de afiliados al regimen general de salud.

2.2.2. Ámbito subjetivo

Dispone el artículo 3º de la Ley 256 de 1996 que dicha normativa *“se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal”*. En el asunto *sub exámine*, al tratar la legitimación por activa ya se aclaró que está demostrado que la accionante participa en el mercado de la promoción de servicios de la salud. Así mismo, las publicaciones realizadas por IPS Servir S.A., en la cual se anuncia como una sociedad *“pionera en la prestación de los servicios de Salud del POS”* (fl. 139, cdno. 1) y los reportes de afiliados netos allegados en la inspección judicial del 27 de julio de 2007, acreditan que tanto Servir S.A. como Solsalud EPS S.A. también participan en el señalado mercado.

2.2.3. Ámbito territorial

Acorde con el artículo 4º de la Ley 256 de 1996, *“esta Ley se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano”*. En este litigio, los efectos de los actos imputados a servir S.A. y Solsalud EPS S.A. tuvieron lugar, principalmente, en la ciudad de Bucaramanga.

2.3. Legitimación:

2.3.1. Legitimación por activa

El artículo 21 de la Ley 256 de 1996 establece que “...cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley”. En este asunto se encuentra acreditado que Coomeva S.A. Entidad Promotora de Salud ofrece en el mercado servicios de la salud, y en desarrollo de su objeto social –conforme al certificado de existencia y representación – (fls. 2 a 8, cdno. 1) le corresponde “organizar y garantizar la Salud del Regimen Contributivo”, así como la de conformar la “Red de Prestadores de Servicios” y contratar con Instituciones Prestadoras de Salud, como Servir S.A., para garantizar la atención a sus afiliados, tal y como se evidencia del acuerdo que suscribió con ésta última para dichos fines. En el mismo sentido obra prueba documental en el expediente, consistente en la publicación realizada en el diario Vanguardia Liberal (fl. 141, cdno. 1), que da cuenta de la participación de Coomeva EPS S.A. en el mercado de los servicios de salud en Bucaramanga.

2.3.2. Legitimación por pasiva

Acorde con el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, “[l]as acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal”. En tal sentido, al momento de absolver el interrogatorio de parte, la demandada Servir S.A. reconoció que “presta los servicios asistenciales de usuarios del régimen de seguridad social” (fl. 240, cdno. 1), por su parte, la también demandada, Solsalud EPS S.A., afirmó que también desarrolla tal actividad en el mismo sector, tal y como se desprende de los documentos allegados en la inspección judicial realizada por éste Despacho el 27 de julio de 2007 (fl. 335, cdno. 1), al igual que de las comunicaciones remitidas por esta sociedad, en las cuales se promociona a fin de lograr afiliaciones de usuarios a su red de servicios (fls. 16 a 60, cdno. 1).

2.4. Hechos probados:

De las pruebas obrantes en el proceso, puede tenerse por acreditado lo siguiente:

2.4.1. Que entre las sociedades Coomeva EPS S.A. y Servir S.A., existió una relación contractual cuyo objeto principal era la prestación de servicio de salud, por parte de ésta última a los afiliados de la demandante en la ciudad de Bucaramanga.

2.4.2. Que con posterioridad a la terminación de las relaciones contractuales entre Coomeva EPS S.A. y la sociedad demandada Servir S.A., ésta empresa publicó un comunicado en el Diario Vanguardia Liberal en el siguiente sentido: “Comunicado a la opinión pública SERVIR S.A. IPS Sociedad Santandereana, pionera en la prestación de los Servicios de Salud del POS, conformada por: Clínica Bucaramanga, Clínica Chicamocha, Clínica Metropolitana, Clínica San Luis, Clínica Santa Teresa, I.O.I.N.A. y Finsema. Teniendo en cuenta que: La **COOPERATIVA MEDICA DEL VALLE –COOMEVA E.P.S. S.A.**, decidió en forma unilateral modificar el modelo de atención a sus usuarios, desarrollado conjuntamente con SERVIR durante cinco años; modelo que permitió el incremento de los usuarios para beneficio de las partes. COOMEVA E.P.S. S.A. decidió unilateralmente modificar las condiciones económicas

bajo las cuales tenía contratadas con SERVIR S.A. IPS las actividades de atención en salud a los usuarios. Las nuevas condiciones propuestas por la EPS lesionan los intereses de SERVIR S.A. IPS, de las Clínicas de nuestra ciudad, del cuerpo médico y de los profesionales de la salud en general. Que en nuestra consideración, estas nuevas condiciones, conllevarán al detrimento de la calidad en la prestación de los servicios de salud a los usuarios de la EPS. Se permite informar que: SERVIR S.A. IPS se vio forzado a tomar la determinación de no continuar contratando la prestación de los servicios de salud con COOMEVA E.P.S. S.A., a partir del día 5 del mes en curso. Que es nuestro interés continuar prestando servicios de salud a los usuarios, tal como lo hemos venido y seguiremos haciendo en la sede de la Calle 42 No. 33 – 20, con los parámetros de calidad y eficiencia acostumbrados. Invitamos a todos aquellos que deseen continuar recibiendo sus servicios en dicha sede de SERVIR S.A. IPS a que, haciendo uso del derecho inalienable de escogencia que les concede la Ley 100 de 1993, opten por solicitar su traslado de Entidad Promotora de Salud. Lamentamos profundamente los inconvenientes presentados a nuestros usuarios. ISAIAS BUENAHORA ARENAS Gerente General.”¹

2.4.3. Igualmente, se demostró mediante el video y testimonio del señor Gilberto Gómez Martínez que tanto Servir S.A. como Solsalud EPS S.A., anunciaron “que los servicios de Coomeva se habían terminado con servir y que de ahora en adelante, entonces, íbamos a pasar a Solsalud”, además que se indicaba a los usuarios que debían regresar para trasladarse a “Solsalud, que los médicos iban a ser los mismos y que todo iba ser igual como anteriormente nos estaba atendiendo Coomeva” manifestaciones que fueron posteriormente ratificadas en diligencia de testimonio (fl. 77, cdno. 5), así como en la declaración de la señora Esperanza Guzmán Puentes “corredora comercial” de Solsalud EPS S.A., quien informó que “en el año 2006 a nosotros como corredores la EPS nos dijo a nosotros que la EPS COOMEVA había cancelado los servicios en SERVIR San Pío y que por lo tanto nosotros podíamos ofrecerle el servicio a las personas que fueran llegando” (sic) (fl. 204, cdno. 4).

2.5. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales ejecutados por la demandada:

2.5.1. Actos de Engaño (artículo 11° Ley 256 de 1996)

Conforme al artículo 11 ley de Competencia desleal “(...) se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos. Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.”

Según lo dispuesto en la referida disposición para que la conducta desplegada por un empresario pueda considerarse como engañosa, resulta necesario que pueda inducir en error a los consumidores o que genere falsas expectativas en los destinatarios², es decir, se

¹ Publicación realizada en el diario “Vanguardia Liberal” de Santander, la cual tituló “comunicado a la opinión pública SERVIR S.A. IPS” (fl. 91, cdno. 1), situación que fue admitida por Servir S.A. al contestar la demanda (hecho 11, literal i, fl. 205, cdno. 1) y al absolver el interrogatorio de parte (pregunta 1, fl. 239, cdno. 1).

² Barona Vilar Silvia. Competencia Desleal, doctrina legislación y jurisprudencia. Tomo I. Tirant lo Blanch. Pág. 390.

requiere la potencialidad por parte de su autor de que su comportamiento inductivo provoca una reacción entre los consumidores con base en información que no corresponda a la verdad. Adicionalmente se requiere que se realice la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas que resulten aptas para incidir, aunque sea de manera potencial, en la conducta de quienes son los destinatarios de la información emitida.

Conforme a lo anterior, es claro que la conducta antes descrita, busca proteger al consumidor para que su libertad de elección no resulte afectada con información que no corresponda a la realidad y establecer una competencia por méritos basada en la eficiencia de las propias prestaciones. Todo esto cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el objeto social desarrollado por las sociedades involucradas en el presente proceso, gira en torno al servicio público de la salud, el cual se revela como fundamental pues comprende “ *la facultad de todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental y de restablecerse cuando se presente una perturbación*”³ y que por su relación directa con los derechos a la vida e integridad personal, luce como obligatorio y sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Para tal fin, el Estado Colombiano en desarrollo de los principio de -igualdad material y Estado Social de Derecho-, ha desarrollado el principio de seguridad social, para lo cual toda persona está en la obligación de afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud, a través de uno de los dos regímenes -contributivo o subsidiado-, garantizando, en todo caso a los afiliados, de acuerdo a las condiciones de mercado ofrecidas, la "libre escogencia" de la Entidad Prestadora de Salud – EPS- que administrará sus servicios de salud derivados del Plan Obligatorio, sin que sea permitido que tales entidades desplieguen conductas que puedan de alguna forma condicionar la voluntad de los usuarios, tal como lo sostuvo la Corte al indicar “*dichas entidades [refiriéndose a las EPS] no están en capacidad de desarrollar conductas o adelantar políticas encaminadas a impedir, restringir o condicionar la voluntad de los usuarios del SGSSS que deseen trasladarse a otra EPS o A.R.S. El artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, es muy claro al señalar como prácticas no autorizadas para las EPS., aquellas que afecten la libre escogencia del afiliado (...)*”⁴.

En el presente asunto cumple resaltar que las pretensiones presentadas en la demanda, respecto del acto de engaño, serán acogidas porque, según se explicará en seguida, esa sociedad mercantil demandante demostró que tanto Servir S.A. como Solsalud EPS S.A. desplegaron conductas tendientes a inducir en error a los usuarios vinculados a Coomeva EPS S.A. y que por las condiciones en que las mismas se desarrollaron resultaron idóneas, por lo menos de manera potencial, para generar entre los afiliados de servicios a la salud la idea de que podrían verse desprovistos de los servicios que la actora prestaba.

De los hechos probados, enunciados en el numeral 2.4 de ésta providencia, es posible colegir, que en la referida publicación se hizo alusión a la implementación de un nuevo “*modelo de atención a [los] usuarios*” y a “*las condiciones económicas (...) contratadas con Servir S.A. IPS*” alusivas al contrato celebrado entre Coomeva EPS S.A. y Servir S.A., modificaciones que conforme indicó la demandada en su publicación, lesionaban “*los intereses de SERVIR S.A. IPS, de las clínicas de nuestra ciudad, del cuerpo médico y de los profesionales de la salud en general*”, aseverando que dichas condiciones conllevaría al

3 Corte Constitucional, Sentencia T-995 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

4 Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“detrimento de la calidad en la prestación de los servicios de salud a los usuarios de la EPS”.

Adicionalmente, que las demandadas informaron a quienes se dirigían al centro de atención básica –San Pío- *“que los servicios de Coomeva se habían terminado con servir y que de ahora en adelante, entonces, íbamos a pasar a Solsalud”* y que, debían regresar para trasladarse a *“Solsalud, que los médicos iban a ser los mismos y que todo iba ser igual como anteriormente nos estaba atendiendo Coomeva”*, tal y como se evidencia en el video allegado por la actora y ratificado posteriormente por el señor Gilberto Gómez Martínez, manifestación en todo consonante con la declaración rendida por la señora Esperanza Guzmán Puentes, quien para el año de 2006 se desempeñaba como *“corredora comercial”* de Solsalud EPS S.A. (fl. 204, cdno. 4).

Las anteriores conclusiones sirvieron como sustento de la invitación que Servir S.A. realizó a todas aquellas personas interesadas en seguir recibiendo los servicios por parte de ésta IPS, para que realizaran el traslado de EPS en aras de hacer uso **“del derecho inalienable de escogencia que les concede la Ley 100 de 1993”**, exhortándolas expresamente a **“solicitar su traslado de Entidad Promotora de Salud”**, esto es, de Coomeva EPS S.A. a Solsalud EPS S.A. (negrilla fuera del texto).

En las condiciones recién expuestas, se impone concluir que la publicación en un diario local por parte de las demandadas fue apta para exteriorizar en el mercado el efecto perjudicial en comento, porque hicieron manifestaciones dirigidas a los usuarios de los servicios de la salud que resultaban suficientes para que los afiliados a Coomeva EPS S.A. pensaran que ésta los había abandonado, que no les iba a seguir prestando el mismo servicio y que para efectos de no ver mermada la calidad en la prestación del servicio de salud debía proceder a realizar el cambio de EPS. En ese contexto, las mencionadas aseveraciones se revelaron como objetivamente idóneas para inducir en error a los consumidores respecto de las prestaciones prestadas por la actora, circunstancia que, en adición, condicionó a los consumidores para alterar su *“libre escogencia”* de Entidad Promotora de Salud.

Conforme a lo anterior, en desarrollo a a lo previsto en el numeral 1° del artículo 20 de la ley 256 de 1996, según el cual corresponde *“al infractor remover los efectos producidos por dichos actos (...)”*, se accederá a la medida resarcitoria solicitada en el escrito de la demanda, y, en ese sentido, se ordenará a la demandada Servir S.A. que, con el mismo despliegue e importancia del texto generador del comportamiento desleal acá analizado, esto es, mediante una publicación en el periódico *“Vanguardia Liberal”* o en uno de amplia circulación en el departamento de Santander, acepte y reconozca que el 7 de abril de 2006 transmitió la idea infundada de que Coomeva EPS S.A. abandonó a sus usuarios siendo lo correcto que lo que realmente aconteció fue la terminación de la relación contractual que los unía, aclarando que las aseveraciones hechas en dicha publicación obedecieron a sus propias valoraciones, lo anterior por cuanto, toda persona goza del derecho a que se le rectifiquen las informaciones falsas, erróneas o inexactas cuya difusión haya lesionado su honra o buen nombre -artículo 20 C.P.-.

2.5.3. Actos de Descrédito (artículo 12° Ley 256 de 1996)

El artículo 12 de la ley de Competencia Desleal refiere *“(...) se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad,*

las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.”

Según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal, para que la conducta de un empresario pueda considerarse como “de descrédito” de las prestaciones o actividad empresarial de un competidor, debe realizarse la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas e impertinentes y que resulten aptas objetivamente para perjudicar el prestigio o buen nombre del competidor en el mercado⁵, por lo que es imprescindible que el afectado demuestre el prestigio que ostenta dentro de determinado mercado, circunstancia que no ocurrió en el asunto que se estudia, en tanto que no obra en el expediente prueba que apunte de manera fehaciente a la existencia de la reputación de Coomeva S.A. EPS y su real dimensión.

2.5.3. Desviación de la Clientela (art. 8°)

Respecto de la infracción a lo establecido en el artículo 8° de la ley 256 de 1996⁶, no obstante obrar en el expediente prueba del incremento de la participación en el mercado por parte de Solsalud EPS S.A. en Bucaramanga (Reg. oriente), para los meses de marzo, abril y mayo de 2006⁷ y de la deserción⁸ -aunque en menor grado- de afiliados de Coomeva EPS S.A. para el mismo período, no existe prueba tendiente a demostrar el nexo causal entre los dos fenómenos, esto es, que las deserciones de los afiliados de la actora y los ingresos percibidos por la EPS demandada fueron correlativos, o que entre ellos hubiera una relación causa – efecto, tampoco se probó que se hayan contrariado las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos, esto es, que las demandadas hayan contravenido los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, razón por la cual corresponde denegar la declaración de la ocurrencia del acto desleal en estudio.

2.5.4. Violación del Secreto Empresarial derivado de la base de datos que era de propiedad de Coomeva EPS S.A. (art. 16°)

Aunque en el período probatorio fue posible determinar que en desarrollo del contrato, Coomeva EPS S.A. hacía entrega periódica de la base de datos de afiliados a Servir IPS S.A., tal como lo indicó dicha sociedad al absolver el interrogatorio de parte (fl. 244, cdno. 1) no se demostró, en el proceso que la información referida –lista de clientes- constituyera un secreto empresarial conforme a las exigencias que para el particular impone el artículo 260 y 262 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, pues tal como lo ha sostenido esta Superintendencia en oportunidades anteriores “(...) *utilizar la lista de clientes en cuanto a la información que no constituye secreto empresarial como son nombre, dirección y teléfonos de los clientes, no puede constituir violación a secreto industrial o*

5 Resolución 32749 de 2004. Exp. 02020504

6 “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 o comercial”

7 Documentos allegados en la inspección judicial realizada el 27 de julio de 2007 (fl. 379 a 383, cdno. 1), se observa que para marzo Solsalud EPS S.A. tenía un total de afiliados efectivos de 134938 (fl. 293, cdno. 1), para abril 135323 (fl. 283, cdno. 1) y, para mayo se había incrementado en un total de 135805 (fl. 288, cdno. 1).

8 Documentos allegados por la testigo Angela Maria Paz Cobo, en declaración testimonial del 14 de mayo de 2008, se observa la deserción de afiliados de Coomeva EPS S.A., en el ítem –traslado a otra EPS- así: para marzo de 2006 un total de 344, abril un total de 400, mayo un total de 587 (fl. 34, cdno. 6).

comercial (...) esta información no tiene la capacidad de ser información secreta, y en este sentido no se configura el ilícito concurrencial deprecado. Diferente situación sería que en el expediente existiera prueba alguna de la divulgación o explotación de la información reservada de la base de datos (...), como hábitos de consumo de los clientes, ofertas, o cualquier otra información considerada como secreta, que hubiese permitido (...) sacar un provecho especial de esta información”⁹.

Por lo tanto, la conducta desleal de violación de secretos, no puede ser objeto de declaración, pues para que ello ocurra, como se expuso en el fallo referido, resulta necesario que se reúnan las siguientes condiciones: “1. Verificarse la existencia de un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, hechos, actividades y cuestiones similares; 2. Que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros; 3. Que dicho secreto recaiga sobre procedimientos o experiencias industriales o comerciales, o esté relacionado con la actividad de la empresa o su parte organizativa, 4. Que los titulares del secreto tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello; y, 5. Que la información tenga "un valor comercial, efectivo o potencial, en el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen”¹⁰, condiciones que no concurren en el asunto sometido a estudio.

2.5.5 Violación a la Cláusula General (art. 7°), Actos de desorganización (Art. 9°), confusión (10°), explotación de la reputación ajena (15°) e inducción a la ruptura contractual (17°)

La cláusula general de competencia desleal, prevista en nuestro ordenamiento en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996, 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, razón por la que la evocación del artículo 7° no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal.

En consecuencia, como las conductas denunciadas configuraron el acto desleal de engaño, según se explicó, no es posible acoger la pretensión cautelar fundada en el ya mencionado artículo 7° de la Ley 256 de 1996.

Tampoco se advierte, pues no obra una declaración, documento o cualquier otra prueba que permita determinar que se haya presentado el acto de confusión -art. 10°, L. 256/96- respecto de los productos o servicios prestados por las partes, de modo que la labor del Despacho debe limitarse indicar que el actor no acató el contenido del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, tampoco se tendrá por probada dicha conducta.

Idéntica suerte sufren los argumentos relativos a la desorganización, ejecución de actos de explotación de la reputación ajena, engaño e inducción a la ruptura contractual (artículos 9°,

9 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090 de abril 29 de 2003. Exp. 01094378.

10 *ib.*

15, 11 y 17 ley 256/96), en tanto que de las pruebas recaudadas, no es posible deducir que las demandadas lograron alterar internamente la sociedad actora ni que se hayan aprovechado de la posición y reputación en el mercado que la demandante, o que se haya logrado de manera efectiva la terminación de las relaciones contractuales con sus afiliados, pues existe en el proceso total precariedad probatoria, al punto que no obra una declaración, documento o cualquier otra prueba que respalde tales alegaciones.

2.6 Conclusión Puestas de este modo las cosas, la conducta de la parte demandada debe entenderse constitutiva del acto de competencia desleal de engaño, 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 aquella¹¹, 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).

En el asunto *sub lite*, corresponde denegar la pretensión indemnizatoria incoada por la demandante porque la sociedad demandante no demostró que haya sufrido una merma inmediata en su patrimonio –daño emergente-, ni las ganancias ciertas que, con ocasión de la conducta desleal realizada por su contraparte dejó de percibir, ni la afectación al good will, traducida en perjuicio material, es decir, el valor de sus activos, la calidad de la prestación del servicio, la confianza generada en el público, la existencia de aquellos bienes intangibles relativos a la propiedad industrial y los demás factores previstos en el artículo 33 del decreto 554 de 1992¹² -lucro cesante-.

Por lo anterior, resulta claro que concierne directamente al interesado acreditar en debida forma el perjuicio a él causado, tanto su existencia como su cuantía, es decir, que le incumbe probar que ciertos intereses suyos tutelados por la ley, sufrieron en menoscabo en un *quantum* determinado.

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

12 Corte Suprema De Justicia -Sala de Casación Civil-. M. P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Bogotá D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil uno (2001). Rad. Expediente 5860.

3. DECISIÓN

En mérito de lo anterior, 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 las sociedades Solsalud EPS S.A. y Servir S.A. incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 11° (engaño) de la Ley 256 de 1996.
2. **Ordenar** a la sociedad demandada Servir S.A. rectifique la publicación efectuada en día 7 de abril de 2006 en el diario Vanguardia Liberal, en los términos expuestos en esta providencia.
3. **Denegar** las pretensiones elevadas por la sociedad Coomeva EPS S.A. en relación con los actos desleales de 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 9° (desorganización), 10° (confusión), 12° (des crédito), 13° (comparación), 15° (explotación de la reputación ajena) y 16° (violación de secretos) de la Ley 256 de 1996, así como la indemnización de perjuicios, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.
4. **Condenar** en costas a la parte demandada. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales,

DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO

Sentencia para el Cuaderno 6

Notificación:

Doctor

JOSE EUDORO NARVAEZ

Apoderado: COOMEVA EPS S.A.

Bogotá D.C.

Doctor

DIEGO HERNANDO GOMEZ FLOREZ

Apoderado SOLSALUD EPS S.A.

Bucaramanga

Doctor

OSCAR ALFREDO LOPEZ TORRES

Apoderado SERVIR S.A.

Bucaramanga