



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

Bogotá, D.C., Treinta y Uno (31) de julio de 2012

Sentencia No. 4183

Expediente 10103668

Demandante: AFA TECNOLOGÍA SOCIEDAD LIMITADA EN LIQUIDACIÓN Vs.

Demandado: NOKIA SIEMENS NETWORKS COLOMBIA LTDA.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por AFA Tecnología Sociedad Limitada en Liquidación (en adelante: AFA) contra Nokia Siemens Networks Colombia Ltda. (en adelante: NSN), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1. Los hechos de la demanda:

Adujo la actora que desarrolló un software de gestión para aprovisionamiento de redes de telecomunicaciones para el licenciamiento, la implementación, la capacitación, el soporte y la operación de la plataforma de gestión de red IP MPLS de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB), software denominado “AFAProvisioner” y que, en virtud del subcontrato No. 0100 de 2005 que celebró con Siemens S.A., fue suministrado a esta última sociedad para que esta prestara los servicios integrales a la ETB en virtud de un contrato principal que celebró con ella.

Añadió la accionante que en febrero de 2007 Siemens S.A. cedió el subcontrato en cuestión a la NSN y, por ende, esta sociedad tomó el lugar de aquella en esa relación contractual y adoptó las órdenes de compra vigentes entre las partes originales del subcontrato.

Señaló que en diciembre de 2008 finalizó la segunda renovación anual del subcontrato al que se ha hecho referencia, “*renovándose y renegociándose*” un nuevo contrato directamente entre NSN y AFA, identificado con el número DSA_MS_CO_AFA_CAM_2008, negociación en la que aquella sociedad impuso nuevos términos y condiciones que desmejoraron sustancialmente a esta última en aspectos como el paso a una contratación mediante órdenes de compra mensuales sin obligación de compras mínimas; un menor valor del servicio; una duración notoriamente menor, un aumento en los plazos para el pago por las compras efectuadas y la exclusión de la cláusula que impedía a NSN contratar personal de AFA, aspecto determinante para esta última en tanto que solo sus ingenieros podían operar el sistema que estaba al servicio de ETB.

Acorde con AFA, las nuevas -y desmejoradas- condiciones de su relación mercantil con NSN implicaron una disminución en su flujo de caja mensual, pues NSN dilataba la realización de los pagos a los que estaba obligada, situación que, a su vez, motivó el incumplimiento de AFA respecto de sus obligaciones laborales, principalmente el pago de salarios, prestaciones sociales y contribuciones parafiscales, aspecto al que añadió que, a pesar de su responsabilidad en la situación, NSN exigía el pago oportuno de las obligaciones laborales que la actora tenía a su cargo en tanto que constituía un requisito para que la ETB hiciera los pagos correspondientes a la accionada.

AFA manifestó que el 26 de junio de 2009 NSN le notificó su decisión de terminar, de manera “*abrupta e intempestiva*”, el contrato DSA_MS_CO_AFA_CAM_2008, circunstancia a la que añadió que el 30 de junio siguiente, por inducción de la demandada, 11 de los ingenieros vinculados al proyecto que acá interesa renunciaron a AFA y se vincularon a aquella sociedad,

Sentencia N° 4183 de 2012

quien asumió directamente la ejecución del contrato que había celebrado con ETB.

Finalmente, apuntó que la conducta denunciada dio al traste con una negociación comercial que estaba adelantando con GBM Corporation, un tercero que, según la actora, estaba interesado en invertir en AFA.

1.2. Pretensiones:

En ejercicio de la acción declarativa y de condena la accionante solicitó que se declare que el comportamiento de la demandada constituyó los actos desleales de desorganización e inducción a la ruptura contractual, contemplados en los artículos 9º y 17º de la Ley 256 de 1996.

Consecuencialmente pidió que se condenara a indemnizar los perjuicios causados.

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante auto No. 1597 de 17 de septiembre de 2010 se admitió la demanda de competencia desleal (fl. 161, cdno. 1) y, una vez notificada, NSN se opuso a las pretensiones allí formuladas.

Para ello precisó que el 15 de abril de 2007 NSN entró a ocupar la posición contractual que Siemens S.A. tenía en el contrato No. 0100 de 2005 como consecuencia de un joint venture celebrado a nivel global entre Nokia y Siemens S.A., aspecto al que agregó que los contratos No. 0100 de 2005 y DSA_MS_CO_AFA_CAM_2008 tienen objetos y modalidades de contratación sustancialmente distintas que justifican las diferentes condiciones entre los mismos, pues el primero estaba orientado al desarrollo de un software con una finalidad especializada, lo cual implicaba una duración prolongada, mientras que el segundo se limitaba a la ejecución de determinadas actividades para mantener la operación del sistema, las que se solicitaban mediante órdenes de compra dependiendo de las necesidades del contratante.

Añadió que el contrato No. 0100 de 2005 terminó por vencimiento del plazo de duración, sin que AFA hubiera alegado en ningún momento la existencia de incumplimientos por parte de NSN. En relación con la exclusión de la cláusula que impedía a esta última sociedad la vinculación de personal de la primera aclaró que, además que el pacto era recíproco, pues durante su vigencia AFA tampoco tenía la posibilidad de contratar empleados de NSN, se limitó por voluntad de las partes hasta el 30 de julio de 2006 y, además, que al momento de celebrar el contrato DSA_MS_CO_AFA_CAM_2008 las partes, en ejercicio de su autonomía, acordaron no incluirla, consideraciones a las que agregó que los ex-empleados de AFA se retiraron debido a los constantes incumplimientos de esa sociedad respecto de sus obligaciones laborales, que de ninguna manera fueron imputables a la conducta de NSN, y que el hecho de que posteriormente prestaran sus servicios a esta sociedad fue autorizada expresamente por la actora.

2. CONSIDERACIONES

Habiéndose agotado 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. 2, 3 y 4, L. 256/96):

El ámbito objetivo de aplicación de la Ley 256 de 1996 se verifica en este caso porque desplazar indebidamente a una sociedad de la prestación de los servicios a otra y, de esta forma, asumir la ejecución de la totalidad del contrato de operación con la última, es una

Sentencia N° 4183 de 2012

conducta que tiene lugar en el mercado y que es idónea para aumentar la participación en ese escenario de quien la ejecuta.

Así mismo, dado que las partes participan en el mercado de la prestación de servicios de tecnología de la ciudad de Bogotá, es claro que en este caso se atiende el ámbito subjetivo y territorial de la comentada disposición.

2.2. Legitimación de las partes (arts. 21 y 22 Ley 256 de 1996):

Partiendo de la participación de la demandante en el mercado de las telecomunicaciones e informática, es claro que, de acreditarse el sustrato fáctico de sus pretensiones, habría de concluirse que sus intereses económicos resultaron afectados en la medida en que habría sido ilegítimamente privada del ejercicio de una actividad mercantil como consecuencia de la conducta de su contraparte.

Por su parte, NSN está legitimada para soportar la acción en referencia, pues se acreditó que fungió como parte dentro del contrato celebrado con la demandante y que, en esa condición, dio por terminada dicha relación contractual, aspectos fundamentales de la acusación contenida en la demanda.

2.3. El problema jurídico:

El problema jurídico que se debe abordar consiste en establecer si, dadas las condiciones que se acreditaron en este caso, puede ser considerado desleal el que NSN hubiera dado por terminada su relación contractual con AFA y, así mismo, hubiera adoptado las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio correspondiente mediante la ontratación de un tercero.

2.4. Hechos probados:

Con fundamento en las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, es posible tener por acreditados los siguientes aspectos fácticos:

2.4.1. Como se aprecia en el documento obrante a folios 11 a 25 del cuaderno No. 1, el 31 de octubre de 2005 AFA y Siemens S.A. celebraron el contrato No. 0100 de 2005 en virtud del cual aquella sociedad mercantil se obligó a desarrollar un software para el licenciamiento, la implementación, la capacitación, el soporte y la operación de la plataforma de gestión de red IP MPLS de ETB, relación contractual que se constituyó en el marco del contrato que celebró esta última sociedad con Siemens S.A., cuyo objeto consistió en la *“adquisición por parte de ETB de los equipos (hardware y software), la infraestructura adicional, la plataforma de gestión de red y los servicios técnicos asociados a esta infraestructura, como son diseño, pruebas, instalación, configuración, puesta en servicio, operación, soporte técnico, mantenimiento preventivo y entrenamiento certificado por los fabricantes, para la implementación de un backbone de red IP/MPLS conformado por los niveles de “CORE” y “EDGE” para dar cubrimiento en Bogotá, Cali, Medellín, Bucaramanga y Barranquilla, integrar las redes actualmente existentes y desarrollar nuevos productos que abarquen desde el acceso, agregación de usuarios de banda ancha, voz datos, video, seguridad, calidad de servicio y tecnologías de multicast hasta servicios de internet y de contenido, de conformidad con las características y especificaciones técnicas”*.

2.4.2. Sobre la base del acuerdo de las partes, contenido en sus correspondientes actos de postulación (fls. 141 a 160, cdno. 1 y 1 a 91, cdno. 2), puede tenerse por acreditado que a partir del 15 de abril de 2007 NSN asumió la posición contractual que Siemens S.A. ostentaba en la relación contractual que constituyó con AFA, esto en virtud de la celebración de un Joint Venture entre aquellas multinacionales a nivel global.

Sentencia N° 4183 de 2012

2.4.3. Contrario a lo que afirmó la parte demandante respecto de su cumplimiento de las obligaciones laborales con los trabajadores que prestaron su servicio en desarrollo del contrato que celebró con Siemens S.A., la declaración testimonial de Alejandro Castro Cordero, funcionario de NSN que se desempeñaba en el cargo de gerente del proyecto relacionado con AFA, así como el correo electrónico que el 16 de abril de 2008 remitió Cesar Beltrán López, "Project Manager" de la accionada, al representante legal de AFA, dan cuenta que aún durante el desarrollo del primer contrato que interesa en este asunto, esto es, el No. 0100 de 2005, la sociedad demandante presentó retrasos en los pagos de las contribuciones parafiscales correspondientes a sus empleados (fl. 5, cdno. 4).

Sobre el particular, el citado testigo, al ser consultado sobre el punto referido, manifestó que *"sí hubo retrasos (...) desde finales del año 2008 y durante todo el primer semestre de 2009 se enviaron comunicaciones recurrentes acerca de este tema. Tengo conocimiento además de que el Gerente de Proyecto anterior también había tenido inconvenientes de este tipo con AFA y ya también había enviado comunicaciones. De hecho, si usted me permite, tengo un par de impresiones de correos del Gerente de Proyecto anterior solicitando estos documentos también (...) del Gerente del Proyecto anterior conozco que se presentaron dificultades similares y, como mencioné también, a partir de ese diciembre hasta la finalización del contrato tuvimos que hacer solicitudes recurrentes de las certificaciones porque había retrasos en la entrega de esa documentación"* (mins. 5:59 y 6:45, fl. 1, cdno. 4).

2.4.4. Durante el mes de diciembre de 2008 las partes de este proceso dieron por terminado el contrato No. 0100 de 2005, sin que ninguna de ellas hubiera alegado inconformidad alguna por esa circunstancia. Así mismo, está acreditado que, una vez culminada la anterior relación contractual, las partes iniciaron el proceso de negociación de un nuevo contrato, circunstancia que desvirtúa la posición de AFA en el sentido de que en ese contexto lo que aconteció, en lugar de corresponder al proceso de formación de una nueva e independiente relación jurídica, fue la renovación o renegociación de la primera.

Lo anterior se evidencia con los correos electrónicos cruzados entre las partes de este proceso:

El 12 de diciembre de 2008 NSN solicitó a AFA la presentación de una cotización de servicios para un nuevo contrato en los siguientes términos (fl. 7, cdno. 2):

"De acuerdo a la solicitud de uno de nuestros proyectos actuales necesitamos que nos coticen los siguientes servicios en la estructura de NSN:

1. Alcance (SID)

(...)

2. Estructura de precios (Price book)".

El 22 de diciembre siguiente AFA, luego de anunciar que haría llegar la propuesta correspondiente en unos días, dio respuesta a solicitud transcrita en los siguientes términos (fl. 6, cdno. 2):

"Nuestro continuo proceder es el de trabajar con propuestas de servicios profesionales y no con cuadros de cotizaciones, para facilitar los temas de contratación, sin embargo y alineados al requerimiento específico de NSN en este momento procedemos a entregar adjunto los precios con descuentos del 30% en relación a los precios de lista. Hemos entendido que no se solicita una propuesta con alcance ya que el alcance del servicio continuará de acuerdo al prestado durante los recientes años".

Sentencia N° 4183 de 2012

Debe resaltarse, sobre este particular, que como se aprecia en la comunicación transcrita AFA acogió la propuesta de NSN respecto de la celebración de un nuevo contrato, conclusión que no puede entenderse desvirtuada simplemente porque en su oferta se remitió a determinadas condiciones que caracterizaron su relación contractual anterior.

2.4.5. Como resultado de las tratativas descritas en el numeral anterior, el 23 de diciembre de 2008 NSN y AFA celebraron el contrato “*genérico de prestación de servicios*” DSA-MS-CO-AFA-CAM-2008 que, como se aprecia en el documento contentivo del mismo, tiene un objeto sustancialmente diferente al que se atribuyó al contrato No. 0100 de 2005, pues las obligaciones de AFA no consistieron en el desarrollo de un software de gestión sino en la realización de la prestación de los servicios que adelante se enuncian dependiendo de las necesidades del contratante, quien emplearía órdenes de servicio para solicitar cada intervención de la accionante. Las actividades a cargo de AFA serían las siguientes: “a) *Surveillance & Provisioning Services for MPLS Networks*, b) *Entrega de documentación requerida*, c) *Obtención del acta de aceptación de los servicios por parte del Proveedor de Servicios*” (fl. 48 a 62, cdno. 1).

Ahora bien, en relación con la supuesta modificación de las condiciones de los contratos celebrados por las partes de este proceso, es pertinente anotar las consideraciones que pasan a señalarse:

2.4.5.1. Acerca de la alegada reducción de ingresos por parte AFA y, en particular, de la disminución de los precios con los que prestaba sus servicios a NSN, debe llamarse la atención sobre que, como se aprecia en los correos electrónicos que remitió aquella sociedad mercantil a esta última los días 22 de diciembre de 2008 y 28 de mayo de 2009 (fls. 189, cdno. 1 y 6, cdno. 2), la comentada reducción de ingresos de la actora fue una situación que se estaba presentando con “*varios clientes por condiciones de mercado que nos aprestan a todos en flujos de caja*”, al paso que fue la misma AFA quien, de manera autónoma, determinó los precios de la oferta mercantil que presentó a NSN y, por lo tanto, asumió las eventuales consecuencias de su decisión de mercado. Debe resaltarse, sobre este último aspecto, que al presentar su oferta la ahora demandante manifestó que “*procedemos a entregar adjunto los precios con descuentos del 30% en relación a los precios de lista (...) Vale la pena hacer énfasis que si bien el servicio sigue siendo el mismo el precio en vez de subir por lo menos en el IPC, ha bajado en su costo para NSN*”.

2.4.5.2. Corresponde ahora resaltar que, en la ejecución de la relación contractual que existió entre las partes, siempre se mantuvo un mismo plazo de pago a cargo de NSN por los servicios prestados por AFA. En efecto, si bien es cierto que en el contrato DSA-MS-CO-AFA-CAM-2008 se pactó expresamente la ampliación del plazo de pago en cuestión a 45 días, no puede perderse de vista que las facturas obrantes a folios 26 a 32, 63 a 69 y 71 del cuaderno No. 1 evidencian que, en la ejecución de los contratos que acá interesan, tanto el celebrado en el año 2005, como el que tuvo origen en el año 2008, las partes siempre mantuvieron un plazo de 30 días para los pagos a los que estaba obligada la sociedad demandada, con la única excepción de la orden de compra No. 4500010486 de 12 de febrero de 2009, en la que se estableció un plazo de 45 días para estos propósitos.

Así las cosas, las pruebas aportadas a este proceso imponen concluir que la celebración del nuevo contrato no implicó, en realidad, una modificación en los plazos de pago.

2.4.5.3. Acerca de la exclusión de una cláusula en la que se impedía a NSN vincular personal de AFA debe decirse que, si bien es cierto que en el texto del contrato DSA-MS-CO-AFA-CAM-2008 no se incluyó una previsión como la que es materia de comentario, no puede pasarse por alto, de un lado, que en el documento que contenía el contrato inicial No. 0100 de 2005 tampoco se incorporó dicha cláusula y, del otro, que al margen de esa circunstancia en el desarrollo de la vinculación contractual entre las partes de este proceso se respetó el acuerdo

Sentencia N° 4183 de 2012

de no vinculación de personal en cuestión, como se aprecia en los correos electrónicos cruzados el 28 de mayo de 2009 (fl. 189, cdno. 1).

Ciertamente, ante un mensaje remitido por AFA en el sentido de que *“vale la pena (...) por último recordar que dentro del acuerdo entre ambas organizaciones está establecido que ustedes no contratarán a los actuales empleados de AFA Tecnología ni AFA Tecnología contratará a los actuales empleados de NSN”*, esta sociedad mercantil contestó que *“hemos hecho todo lo posible para que ninguna unidad de NSN o empresa que nos trabaje toque al personal de AFA, pero debido a los continuos incumplimientos con su personal la fidelidad se perdió, me imagino que eres consciente de eso y si no lo eres te invito a hablar con tus empleados, porque ETB todos los días lo hace y eso afecta la imagen y la credibilidad de NSN ante nuestro cliente. Nosotros hemos respetado este pacto en la medida que el enganche de su gente sea natural, pero no pienso vetar a nadie que debido a las fallas de AFA como patrón decidan tomar nuevos rumbos”*.

Así las cosas, la celebración del nuevo contrato entre las partes, en realidad, ninguna modificación implicó respecto de la cláusula que se viene comentando, razón por la cual no puede admitirse la alegación de una supuesta modificación arbitraria de condiciones por parte de NSN.

2.4.5.4. Los documentos contentivos de los contratos que interesan en este asunto dan cuenta que, efectivamente, la forma de pago pactada en cada una de tales relaciones contractuales varió, pues mientras en la primera se establecieron unos pagos concreto en fechas y condiciones determinadas durante toda la vigencia de la vinculación (fls. 11 a 25, cdno. 1), en la segunda se previó la realización de órdenes de compra por parte de NSN, que no estaba obligada a la realización de compras mínimas (fls. 48 a 62, cdno. 1).

En relación con este aspecto deben resaltarse dos cosas sobre las descritas modificaciones: en primer lugar, que respondieron al proceso de negociación bilateral al que se ha hecho referencia con antelación, en tanto que ningún elemento de juicio se encuentra en el expediente que permita concluir que el pacto en cuestión correspondió a una imposición de NSN. En segundo lugar, que la modificación materia de análisis estuvo fundada en motivos objetivos y razonables vinculados, principalmente, a las evidentes diferencias entre los objetos de los contratos que interesan en este caso.

En efecto, en el marco de una relación contractual orientada al desarrollo e implementación de un producto tan complejo como el software “AFAProvisioner” es natural la estipulación de pagos concretos, precisos y consecutivos a lo largo de toda la relación una vez superada cada una de las etapas connaturales a la misma, consideración esta que obviamente no puede extenderse razonablemente a un contrato cuyo propósito es el mantenimiento de dicho software, en el que es natural el establecimiento de pagos por órdenes de servicio en la medida en que la remuneración del contratista estará determinada por los eventos en que su intervención sea necesaria, intervención que no puede ser prevista con antelación.

2.4.6. Durante la ejecución del contrato DSA-MS-CO-AFA-CAM-2008 AFA continuó con el incumplimiento de sus obligaciones laborales, tanto las correspondientes al pago de salarios y demás remuneraciones a sus empleados, como las atinentes a las contribuciones parafiscales a su cargo.

Así aparece acreditado con las declaraciones testimoniales de los señores Edgar Portillo Gómez (fl. 144, cdno. 2), Diego Fernando Gallego Biagi (fl. 173, cdno. 2) y Nayid Antonio Gaitán Rebollo (fl. 163, cdno. 2), ex-trabajadores de AFA, quienes al unísono manifestaron que aquella sociedad nunca atendió oportunamente sus obligaciones laborales con ninguno de sus empleados. Al respecto, Edgar portillo Gómez afirmó que AFA *“nunca se pagó los salarios, ni los bonos, ni las primas. Las prestaciones sociales también hubo conflictos con las EPS porque*

Sentencia N° 4183 de 2012

no se hacían los pagos a la fecha”, aspecto al que el testigo Gallego Biagi agregó que “cuando arrancamos AFA Tecnología fue muy claro y nos dio un contrato en donde nos especificaba que nos pagaba 15 días después del mes de trabajo, o sea que lo que significa es que si yo trabajaba en enero-febrero, me terminaban pagando enero el 15 de febrero. Eso, pues a mí no me pareció muy conveniente pero si eran las leyes de la empresa (...). Así comenzaron más o menos unos 3 meses que se pagan al 15, 15 y 15. De un momento para otro, ni el 15, ni el 20, ni el 30. Nos comenzaron a pagar la mitad del sueldo, o sea nos empezaron a pagar por porciones. Ya uno al final se enredaba, no tenía ni idea de qué le estaban pagando, qué le estaban debiendo y eso comenzó un caos total”.

Adicionalmente, los correos electrónicos que se remitieron entre AFA y NSN los días 4 y 5 de junio de 2009 (fls. 183 y 184, cdno. 1), en los que se aprecia que los funcionarios de esta última sociedad requerían constantemente a aquella para el pago oportuno de las contribuciones parafiscales, entre otras razones, por el impacto que el incumplimiento sobre ese punto generaba frente al cliente final, ETB. A modo de ejemplo, nótese que NSN manifestaba a su contraparte que “*teniendo en cuenta el evidente malestar del cliente por este tema y que ya se venció el siguiente periodo, también requerimos los parafiscales de mayo/junio*”, a lo que se debe agregar que, después de recibir por parte de AFA nada más que solicitudes de extensión de plazos o, incluso, respuestas evasivas en cuanto al momento en que se atenderían las obligaciones en comento, NSN advirtió que AFA estaba “*tarde igual*”, y que necesitaba que hablara “*con tus nuevos socios e indiques que si no llegan esos parafiscales ya, es posible que no necesitemos más parafiscales porque ETB nos va a parar el proyecto*”.

2.4.7. Es preciso resaltar que el incumplimiento en los pagos de las contribuciones parafiscales por parte de AFA generó, a su vez, retrasos en los pagos que ETB debía realizar a favor de NSN, pues la observancia de aquella obligación constituía un requisito para que el cliente final procediera a efectuar el pago correspondiente.

Esta circunstancia fáctica aparece acreditada con el correo electrónico que remitió NSN a AFA el día 16 de abril de 2008 (fl. 4, cdno. 2):

“Cordial saludo, de acuerdo con nuestra conversación del pasado jueves, aún no he recibido los parafiscales del mes de marzo de 2008 de AFA Tecnología. Al respecto le solicito me haga llegar esta certificación el día de hoy ya que de lo contrario no se podrán radicar facturas este mes por razones exclusivamente atribuibles a AFA Tecnología y por consiguiente las facturas que AFA radique este mes serán procesadas sólo hasta dentro de un mes con los respectivos retrasos en la fecha de pago (...)” (se resalta).

En el mismo sentido, el testigo Pablo Trujillo Rehbein, “*Project Services – Category Manager*” de NSN, al ser consultado sobre los incumplimientos de AFA, declaró:

“Con AFA tuvimos problemas fue en que no nos presentaban el comprobante de pago de parafiscales; y ¿por qué era importante eso para nosotros? Porque con eso nosotros íbamos donde nuestro cliente para que pudiéramos radicar la factura y que ETB nos pagara a nosotros. Entonces varias veces tuvimos incumplimientos por parte de AFA en la presentación de esa validación de que habían pagado los parafiscales y eso fue lo que nos generó demoras y nos afectó la relación con ETB” (Se subraya).

Así las cosas, está claro que las demoras en los pagos derivados de la remuneración a la que estaba obligada ETB en virtud de su relación contractual con NSN resultó ser una circunstancia imputable a AFA, razón por la que las pretensiones fundadas en tales dilaciones de ninguna manera podrían prosperar en el marco de este proceso, dado que, acorde con lo expuesto, no fueron imputables a NSN.

2.4.8. Contrario a lo afirmado por AFA en su demanda, esta sociedad no otorgó capacitaciones especializadas a su personal para efectos de ejecutar el contrato DSA-MS-CO-AFA-CAM-2008,

Sentencia N° 4183 de 2012

sino que esa labor fue confiada a su propio personal que la ejecutaba de manera empírica, circunstancia que, como se aprecia en el correo electrónico de 29 de mayo de 2009 (fl. 188, cdno. 1), generó mayores inconvenientes para la relación contractual entre NSN y ETB.

En efecto, en dicha comunicación NSN aseveró:

“Adicionalmente ya el cliente nos está trasladando una multa por una falla en la supervisión de la red el pasado 11 de mayo, derivada del empalme inadecuado del personal nuevo, que a su vez se da por la inconformidad del personal experimentado que prefiere renunciar a continuar en las condiciones que ha planteado a su personal”.

La versión del testigo Diego Gallego Biagi confirma la anterior prueba documental (fl. 173, cdno. 2):

“A mí la capacitación me la hicieron mis compañeros (...) y cuando pasé de noche me la dio Oscar Manuel Hernández. A mí me tocó turno con él toda la noche, y yo no tenía ni idea. Salían 1000 millones de dólares y yo no tenía ni idea qué tenía que hacer y él me decía ‘haga lo que pueda’, y yo sólo contestaba el teléfono porque no tenía ni idea de qué hacer. (...) Pues no mucho, porque las personas que a mí me capacitaron me llevaban 15 días, o sea, qué puede uno esperar de una persona que le lleva a uno 15 días, pues nada, los mismos sustos que uno y las mismas respuestas.

Hubo un momento en que Nokia se estaban pasando bastantes alarmas y ETB reaccionó y dijo “Hey” esos manes qué?”, entonces nos hicieron un examen, nos rajaron hasta el absoluto. Fue un examen que nos hicieron y nos totearon; y pues nosotros no estábamos muy bien capacitados para eso y por más que las personas consiguientes que iban entrando, Jorge que entró siguiente, Nayibe, Edgar y otra persona, ellos iban entrando y nosotros los íbamos capacitando”.

2.4.9. El 29 de mayo de 2009, en el contexto de los reiterados incumplimientos de AFA en cuanto al pago de sus obligaciones laborales y de la presentación de un número plural de requerimientos de NSN exigiendo una solución de tales problemas, la sociedad demandante, consciente de las evidentes dificultades que enfrentaba, ofreció a NSN una serie de alternativas encaminadas a “*enderezar el camino de la confianza y por ende de los negocios*”, entre las cuales se encontró la autorización para la vinculación de personal de AFA a NSN.

La propuesta, concretamente, consistió en lo siguiente (fl. 188, vto., cdno. 1):

*“Efectivamente ha sido muy claro, **su organización ha sido muy paciente y colaboradora**, de acuerdo a la visión de asociados de negocios que hemos desarrollado y que nos ha permitido ganar negocios como el que nos ocupa y los que posiblemente vengan. También entiendo que la credibilidad esté mancillada, la dinámica de los negocios, en especial de una capitalización no se ha dado tan rápida como se quiere.*

*Pongo a consideración de ustedes (...) una principal e inmediata alterativa, la cual planteo con los avances que tengo en el tema de la capitalización, espero amablemente sea considerada y aceptada para beneficio de todos, para evitar situaciones incómodas para todos (...) En caso de no poder entregar el 13 los comprobantes en referencia, **el acuerdo de ambas compañías de no contratar personal de la otra organización yo lo levanto formalmente y les ayudo para pasar la gente actualmente de AFA Tecnología a su importante organización sin interrupción del servicio**” (se resalta).*

La manifestación transcrita hace evidentes dos aspectos relevantes para este caso: en primer lugar que, contrario a lo aseverado en la demanda, NSN prestó su colaboración en la medida de lo razonable para que AFA superara las complicaciones que impedían un adecuado desenvolvimiento de las relaciones contractuales entre las partes; en segundo lugar, que la restricción de contratación de personal se levantó por iniciativa de la misma sociedad

Sentencia N° 4183 de 2012

accionante, pues, como se expuso con antelación, nunca cumplió sus compromisos en relación con sus obligaciones laborales.

2.4.10. El 26 de junio de 2009 NSN, mediante el correo electrónico de que da cuenta el documento obrante a folio 72 del cuaderno 1, comunicó a AFA su decisión de dar por terminado el contrato DSA-MS-CO-AFA-CAM-2008, decisión que obviamente se encontró motivada por los constantes problemas de AFA en la debida ejecución de obligaciones relevantes para el adecuado desarrollo de las relaciones contractuales que interesan en este caso, tanto las que vincularon a las partes de este proceso, como las que tuvieron como protagonistas a NSN y ETB.

2.4.11. Como se aprecia con los documentos obrantes a folios 73 a 83 del cuaderno 1, contentivos de las renunciaciones presentadas por los 11 ingenieros de AFA que estaban vinculados al proyecto de ETB, y se corroboró con las declaraciones testimoniales de los ex-trabajadores de la demandante, el 30 de junio de 2009 aquellos funcionarios, por iniciativa propia, se desvincularon de AFA como consecuencia de los constantes y determinantes incumplimientos en el pago de sus obligaciones laborales.

Una vez desvinculados de AFA, los ex-empleados en cuestión pasaron prestar sus servicios a la empresa Teka Services E.U., persona jurídica que fue contratada por NSN a partir del 1º de julio de 2009 para la continuación de la prestación de los servicios que requería ETB (fl. 20, cdno. 2).

2.5. Análisis de la deslealtad de los actos imputados a la parte demandada:

2.5.1. Actos de desorganización (art. 9º, L. 256/96):

A propósito del tipo desleal en estudio, el artículo 9º de la Ley 256 de 1996 consagra que “[s]e considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno”.

No obstante la redacción de dicho precepto, su interpretación se debe efectuar dentro del marco de la deslealtad, pues no es admisible que en el contexto de la Ley de Competencia Desleal se entienda que el mero resultado de desorganizar a un competidor es, en sí mismo y con independencia de las circunstancias que rodearon al caso, constitutivo del acto reprochable en comento, pues es viable la presentación de actos cuya realización implique necesariamente la desorganización de una empresa que, sin embargo, no están inmersos en una conducta desleal.

En efecto, la jurisprudencia y la doctrina especializada han reconocido la existencia de un daño concurrencial legítimo como una consecuencia deseable en el mercado y -además- promovida por el ordenamiento en aquellos eventos en que se fundamenta en relaciones de competencia basadas en la utilización de medios éticos y adecuados a la hora de disputar la clientela e, incluso, los medios de producción. Conclusión esta que encuentra sustento en el ejercicio de los derechos a la libre empresa y la libre competencia, que imponen, en el contexto del mercado y en razón de su flujo natural, que los competidores tengan la carga de soportar los daños que les sean generados como resultado de mejores ofertas fundadas en criterios de eficiencia y en el adecuado y suficiente ejercicio de la libertad de elección que el ordenamiento reconoce a todo partícipe en el mercado -como, a modo de ejemplo, sería el tránsito de empleados o de su clientela como resultado de ofertas calificables objetivamente como mejores¹.

¹ Cfr. BARONA VILAR. Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Págs. 323 a 325.

Sentencia N° 4183 de 2012

Sobre el particular, de tiempo atrás este Despacho ha dejado establecido que “[*]a institución de la competencia desleal vigila los medios empleados para competir y los descalifica sólo cuando los mecanismos empleados son desleales, pues cuando son leales, así se desvíe la clientela, se afecte la posibilidad de ganancia de un competidor, o se cause un perjuicio a este como consecuencia de la disminución de sus ingresos o su desaparición del mercado, dichos efectos serán legítimos (...)*”².

Sobre la base de lo anterior, en cuanto corresponde al tipo desleal de desorganización, resulta evidente que para la interpretación de su contenido, se hace necesario acudir a elementos y reglas conceptuales que no se hallan incorporadas expresamente en el tenor del tipo, pero que sí inspiran sus fundamentos y los propios parámetros de la ley 256 de 1996. Así, el acto de desorganización no puede entenderse configurado simplemente con el resultado señalado expresamente en el ya citado artículo 9º, aspecto sobre el cual se debe precisar que, como las condiciones que atribuyen un carácter desleal a ese comportamiento no aparecen determinadas en aquella disposición, deben ser establecidas -siguiendo las pautas que ha establecido la jurisprudencia constitucional- mediante una interpretación sistemática del cuerpo normativo del cual hace parte y, en particular, de la cláusula general contemplada en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, a cuyo tenor “[*q]uedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.*”

“En concordancia con lo establecido por el numeral 2º del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial y comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Ciertamente, la cláusula general de competencia desleal, que -acorde con lo que ha dejado establecido este Despacho³- tiene como fin primordial otorgar el verdadero sentido y alcance al contenido de las conductas desleales específicamente tipificadas (arts. 8º a 19º), contiene los elementos requeridos para la categorización de una conducta como desleal, a saber, la finalidad concurrencial de una conducta realizada en el mercado, entendida ésta como la idoneidad del acto para mantener o incrementar la participación en ese escenario de quien la realiza o de un tercero, de un lado, y del otro, la contradicción de los parámetros normativos allí contenidos y, para lo que interesa en este caso, del principio de buena fe mercantil, “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*”, 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, 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”*⁴.

² Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 10 de 2005.

³ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 09 de 2005. Precisó este Despacho que “[*f]inalmente, al contener el inciso primero del artículo 7º de la Ley 256 de 1996 la prohibición general en materia de competencia leal, ésta genera y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, las cuales establecen a título enunciativo algunos actos que el legislador ha considerado como desleales, por ser conductas opuestas a la manera corriente de quienes obran honestamente en el mercado”.*

⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 01 de 2010.

Sentencia N° 4183 de 2012

Puestas de este modo las cosas, debe entenderse que el acto desleal de desorganización se configura cuando se ejecuta toda conducta que, contrariando el principio de buena fe mercantil, tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Ya en relación con casos particulares, este Despacho ha dejado establecido que el tipo desleal en comento se configura cuando la conducta esté encaminada *“a privar al competidor de los empleados que por razón de sus conocimientos puedan considerarse como parte fundamental de la empresa, es decir, aquellos trabajadores técnicos o especializados que poseen los secretos de la empresa y que pueden calificarse como de confianza, de modo que la simple sustracción de personal secundario (Aseadores, porteros, etc.) no constituye un acto que amenace con provocar desorganización interna de la empresa para la cual prestaban sus servicios”*⁵.

Aplicado las anteriores consideraciones de carácter teórico al asunto *sub lite* es claro que la conducta de NSN no configuró el acto de competencia desleal en estudio, dadas las siguientes razones:

Tanto en la formación de las relaciones contractuales que interesan en este caso, como en su ejecución, NSN se desarrolló de una manera armónica con el principio de buena fe comercial, pues además que respetó todos los pactos que se establecieron en ese marco, proporcionó colaboración y apoyo a su contraparte contractual para superar las dificultades que esta presentaba y garantizar el adecuado desarrollo de los contratos en cuestión, aspecto al que se debe agregar que la decisión de dar por terminado el vínculo que ahora se comenta estuvo motivada por consideraciones objetivas y razonables que, además de ser imputables completamente a AFA, estaban poniendo en riesgo su propio desempeño y estabilidad en el mercado en el que participa.

Sobre este último aspecto es pertinente precisar que la terminación de la relación contractual por parte de NSN no puede ser considerada como intempestiva o abrupta, pues la concesión de oportunidades y apoyo, que incluso AFA reconocía y agradecía en su momento, aunada a los permanentes y relevantes inconvenientes derivados de los incumplimientos de la actora, además de la advertencias que en ese sentido formuló oportunamente la accionada, hacía evidente que una consecuencia como la que se presentó en este caso era, por decir lo menos, previsible.

Ahora bien, teniendo en cuenta la forma en que se desarrollaron las relaciones entre las partes, de ninguna manera podría afirmarse que NSN implementó una estrategia encaminada a privar a AFA de su fuerza laboral, pues las desvinculaciones del personal de esta sociedad respondieron a los constantes y determinantes incumplimientos en el pago de las obligaciones laborales a cargo de la actora, sin que se hubiera demostrado que NSN motivo de alguna manera el resultado en comento pues, al contrario, existen pruebas que acreditan que aquella sociedad respetó y garantizó el cumplimiento, hasta donde fue razonable, de los pactos consistentes en la restricción de contratación de personal.

Puestas de este modo las cosas, dado que el comportamiento de NSN resultó acorde con los parámetros normativos contemplados en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996 y, en particular, al principio de buena fe comercial, es claro que incluso si las determinaciones de dicha sociedad mercantil generaron como efecto la desorganización de AFA, dicha circunstancia no podría configurar el acto desleal en estudio, pues habría sido una situación no imputable a la accionada en los términos de la Ley de Competencia Desleal.

⁵ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la Competencia. Editorial Legis. 1ª Edición. Bogotá. 1998. Pág. 274.

Sentencia N° 4183 de 2012**2.5.2. Inducción a la Ruptura Contractual. (art. 17 de la Ley 256 de 1996)**

El artículo 17 de la ley 256 de 1996 dispone que *“se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores (...) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.”*

Con fundamento en la transcrita definición legal, en reiteradas oportunidades este Despacho ha precisado que los elementos constitutivos del acto desleal en estudio son los siguientes⁶:

- a) La existencia de una relación contractual entre el sujeto pasivo de la conducta desleal y el agente inducido, así como la terminación regular de dicho vínculo.
- b) La irrupción en las relación contractual referida en el literal anterior, por parte del sujeto activo de la conducta, con el propósito de motivar la terminación regular de dicho vínculo. Este es el alcance del verbo rector de la conducta, la acción de inducir, que ha sido definida por la Real Academia de la Lengua como el acto de *“instigar, persuadir, mover a uno, ocasionar, causar”*, con lo que puede colegirse que dicha actuación no es espontánea sino provocada por otro o *“impulsada desde otro comportamiento externo que lleva a realizar una actuación que, sin ese impulso, no se hubiera realizado”*⁷.
- c) El conocimiento de la terminación regular del contrato en cuestión por parte del agente inductor.
- d) Finalidades como la expansión de un sector industrial o empresarial o la intención de eliminar a un competidor del mercado.
- e) La utilización de medios reprochables como el engaño u otros análogos.

En relación con este tema, es pertinente agregar que la inducción se considera legítima y lícita en los eventos en que, en ejercicio de la libre empresa, derecho reconocido en el artículo 333 de la Carta Política, un participante en el mercado, como resultado del desarrollo natural y libre del mercado, se limita a atraer proveedores, clientes o empleados de sus competidores mediante la proposición de ofertas u ofrecimientos que puedan captar la atención de aquellos, siempre que no se presenten los anotados elementos configurativos del acto desleal en estudio.

Puestas de este modo las cosas, en el presente caso no es posible declarar la configuración del acto desleal de inducción a la ruptura contractual por dos razones:

En primer lugar, porque se demostró debidamente que los 11 ex-trabajadores de AFA renunciaron a sus cargos por motivos imputables exclusivamente -para lo que interesa en este asunto- a aquella sociedad mercantil y, en particular, a los constantes incumplimientos respecto de los pagos de los salarios, prestaciones sociales, contribuciones parafiscales y demás obligaciones laborales, motivación esta que se estima como suficiente para justificar las comentadas desvinculaciones.

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias No. 6 de 2005, No. 7 y 8 de 2007, y No. 17 de 2011.

⁷ BARONA VILLAR, Silvia. Competencia Desleal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Tomo I, pág. 590

Sentencia N° 4183 de 2012

En segundo lugar, en tanto que en este caso no se apotó elemento de prueba alguno que permitiera tener por acreditado que NSN, de alguna manera, indujo o motivó la terminación de los contratos laborales que acá interesan, circunstancia de la que se sigue, entonces, que ante la ausencia del verbo rector y definitorio de la conducta desleal en estudio, no es posible considerarla configurada en este asunto.

En consecuencia, se desestimarán las pretensiones declarativas de la demanda, razón por la cual resulta innecesario emitir pronunciamiento alguno respecto de la existencia de los perjuicios alegados por AFA respecto de los cuales solicitó el reconocimiento de una indemnización.

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 el artículo 24 del Código General del Proceso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar las pretensiones de la demanda en virtud de lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante a favor de la demandada. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ