



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

DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

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

Sentencia No. 5133 .

Expediente No. 10137742

Demandante: IT CONSULTINGS LTDA.

Demandado: AFTS ELECTRONICS LTDA Y OTROS

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por IT Consultings Ltda. (en adelante: IT Consultings) contra Andrés Felipe Troncoso, Jaime Humberto Hernández y Afts Electronics Ltda. (en adelante: Afts Electronics), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1. Los hechos de la demanda:

Adujo la demandante que desde el año 2000, fecha de su constitución, se ha dedicado a prestar servicios técnicos y profesionales en el mercado tecnológico, tanto al Estado como a diferentes empresas del sector privado en Bogotá, Cali y Medellín. Sostuvo que durante los años 2007 y 2008 celebró contratos de prestación de servicios con los señores Andrés Felipe Troncoso y Jaime Humberto Hernández para desarrollar en Cali actividades profesionales relacionadas con sus calidades de ingenieros de sistemas, según expuso, con el fin de ocupar cargos de gerente de proyectos y ejecutivo de cuenta, respectivamente.

Manifestó que en julio de 2008 los señores Andrés Troncoso y Jaime Hernández -durante la ejecución de los contratos referenciados- constituyeron en Cali la sociedad Afts Electronics con la finalidad de competir dentro el mismo segmento del mercado y con los mismos clientes de la sociedad demandante, "*aprovechándose de la posición, información y promocionando su sociedad entre los clientes de It Consultings*". Indicó que los demandados, beneficiándose de la experiencia y conocimiento adquirido en It Consultings sobre la comercialización y posicionamiento en el mercado, ofrecieron los mismos servicios que prestaba, con idénticas propuestas, aprovechándose así de su know how, a lo que agregó que también generaron algunos rumores sobre su situación financiera y la calidad de "partner" de IBM.

Según It Consultings, los demandados lograron usurpar varios de sus contratos con algunos clientes como Comfamiliar Andi (Comfandi), lo que le generó un daño económico consistente en la pérdida de oportunidad de celebración de contratos futuros con dicha empresa. En adición, sostuvo que Andrés Troncoso y Jaime Hernández utilizaron sin autorización el nombre de Oscar Hernán Arbeláez, quien fungía como contratista de It Consultings, al inscribirlo en los registros de IBM Colombia & Cia. S.C.A. (IBM) como empleado de Afts Electronics, situación que, según indicó, ocasionó la desactivación del registro ante IBM, la capacidad para la distribución y venta en el cubrimiento de la totalidad de los productos de software de IBM y la pérdida de su status en tal entidad.

Finalmente, It Consultings consideró que la constitución de la sociedad Afts Electronics por parte de Andrés Troncoso y Jaime Hernández en las condiciones que se presentó, con la

finalidad de aprovecharse de los conocimientos y la experiencia adquirida en dicha sociedad, constituyeron actos de mala fe y contrarios a las sanas costumbres mercantiles, que lograron desviar su clientela, aprovecharse de su reputación y desorganizar su sociedad.

1.2. Pretensiones:

La parte demandante, 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 Andrés Troncoso, Jaime Hernández y Afts Electronics incurrieron en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7º (cláusula general), 8º (desviación de la clientela), 9º (desorganización), 10º (confusión), 11º (engaño), 12º (descrédito), 13º (comparación), 14º (imitación), 15º (explotación de la reputación ajena), 16º (violación de secretos) y 18º (violación de normas) de la mencionada Ley. Consecuencialmente, solicitó que se condenara solidariamente a los demandados a indemnizar los perjuicios ocasionados por los actos de competencia desleal.

1.3. Admisión de la demanda y su contestación.

Admitida la demanda mediante auto No. 2674 (fl. 59, cdno. 1) y surtida en debida forma la notificación de su auto admisorio, fue contestada por los demandados, quienes se opusieron a las pretensiones manifestando que en ejercicio de lo establecido en el artículo 333 de la Constitución constituyeron en el año 2008 una sociedad con el fin de ingresar al mercado de los servicios de tecnología, pues con la sociedad It Consultings ostentaban únicamente un contrato de prestación de servicios que no les demandaba exclusividad.

Indicaron que no existía ningún conflicto de intereses con la accionante pues se dedicaron a *“ofrecer servicios y soluciones que los clientes requerían de empresas autorizadas por IBM para ofrecer licenciamientos de sus productos”*, tomando en consideración que para la época de los hechos It Consultings ya había perdido su condición de *“partner”* de IBM y no podía prestar tales servicios.

Señalaron que no contrataron con clientes de It Consultings, a excepción de Comfandi, cuya contratación fue transparente y obedeció *“al hecho de que este cliente solicitó expresamente a IBM que le informara sobre los canales autorizados para distribuir los productos de software que ellos tenían licenciados, con el fin de hacer la contratación de servicios con uno de esos canales autorizados y la misma IBM dio una lista de canales autorizados dentro de los cuales estaba Afts”*. Agregaron que la pérdida de calidad de canal autorizado de IBM que alega It Consultings se produjo con ocasión de la realización de prácticas comerciales incorrectas por parte de su representante y no, como lo manifiestan en la demanda, por razones imputables a los accionados.

Por último, manifestaron que no utilizaron sin autorización el código de registro de Oscar Arbeláez, pues aquel les suministró directamente el “Código Prometic” que tenía registrado en IT Consultings ante IBM, de manera errónea, como consecuencia de un ofrecimiento de buena fe que le hicieron para que Arbeláez realizará un curso en IBM, al tiempo que negaron haber realizados los demás actos de competencia desleal endilgados.

1.4. Actuación procesal:

El Despacho, mediante auto No. 2589 de 2011, citó a las partes para la audiencia de que trata del artículo 101 del C. P. C. (fls. 193 a 204, cdno. 1 y 4 a 6, cdno. 3), en la cual no se logró un acuerdo que terminara el litigio. Con el auto No. 4248 de 2011 se decretaron las pruebas del proceso y, una vez practicadas, mediante el auto No. 19358 de 2012 (fl. 176, cdno. 6) se corrió traslado a las partes para alegar de conformidad con el artículo 414 del C. de P. C., oportunidad en la que ambas reiteraron los argumentos expuestos en sus actos de postulación.

2. CONSIDERACIONES

Agotadas 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 ámbito objetivo de aplicación de la citada Ley se verifica en este caso en tanto que el aprovechamiento de la calidad de gerente proyecto y ejecutivo de cuenta de la demandante para realizar conductas tendientes a posicionar su nueva empresa, empleando información confidencial de aquella que conocieran en ejercicio de sus funciones, constituyen actos idóneos para incrementar la participación en el mercado.

Respecto del ámbito subjetivo, basta indicar que existe evidencia de la participación de la sociedad IT Consultings en el mercado a través de la prestación de servicios de tecnología y licenciamiento de software, así como de la concurrencia al mercado de Andrés Troncoso y Jaime Hernández por medio de Afts Electronics, la cual también tiene como objeto social la prestación de servicios profesionales de consultoría en tecnología. En adición, los efectos de la conducta demandada están llamados a producirse en territorio nacional, toda vez que las partes ofrecen sus servicios en Colombia.

2.2. Legitimación:

Partiendo de la participación en el mercado de IT Consultings, es evidente que la incursión en ese escenario mediante la prestación de servicios similares a los ofrecidos por esa sociedad, aprovechándose de información confidencial para captar su clientela cuando aún se desempeñaban como contratistas de la aquella, constituyen actos idóneos para perjudicar o amenazar los intereses económicos de la actora.

De otro lado, los demandados están legitimados para soportar la acción de competencia desleal de la referencia en la medida en que se demostró su vinculación contractual con la actora y además, que constituyeron una sociedad dedicada a la prestación de servicios de tecnología, todo lo cual configura un aspecto esencial dentro del contexto de la acusación.

2.3. Problema jurídico:

El objeto del presente asunto se concreta en determinar si, dada las condiciones del caso, la constitución de una sociedad por parte de unas personas que no han finalizado su vínculo contractual y el efectivo ejercicio de la actividad que compite con la de su contratista actual ejecutando actos de mala fe para captar su clientela, constituye un acto de competencia desleal.

2.4. Hechos probados relevantes para el caso:

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

2.4.1. La sociedad It Consultings, cuya constitución data del 29 de noviembre de 2009, tiene como objeto social la prestación de servicios técnicos y profesionales de ingeniería de sistema, electrónica, de telecomunicaciones y de software, entre otras (fls. 3 y 4, cdno. 1).

2.4.2. Se encuentra probado, de conformidad con lo manifestado por Yaneth Castellanos, trabajadora de It Consultings (fl. 61, cdno. 3, min. 4:20), con las facturas obrantes a folios 1 a 65 del cuaderno 6 y con otras declaraciones, que It Consultings se dedicó durante los años 2006 y 2007 a labores de consultoría para distribuir soluciones de software de IBM.

2.4.3. Desde el 1° de septiembre de 2007 Jaime Hernández e It Consultings celebraron contratos de prestación de servicios cuyo objeto fue el desarrollo de funciones asignadas al cargo de ejecutivo de cuenta por parte de aquel, relación contractual que finalizaron en noviembre de 2008 (fls. 10 a 19, cdno. 1).

De igual manera, desde el 1° de julio de 2007 Andrés Troncoso e It Consultings celebraron contratos de prestación de servicios cuyo objeto fue el desarrollo de funciones asignadas al cargo de gerente de proyectos por parte de aquel, funciones que finalizaron el 31 de diciembre de 2008 (fls. 132 y 133, cdno. 2).

2.4.3. Con base en lo manifestado por el señor Jaime Hernández al absolver su interrogatorio de parte (fl. 201, cdno. 2, min. 5:45) y con las declaraciones de Yaneth Castellanos, trabajadora de It Consultings (fl. 61, cdno. 3, min. 6:40), se encuentra probado que el ejecutivo de cuenta tenía a cargo la visita a clientes para ofrecer los servicios de IT Consulting en la ciudad de Cali y que tenía a su disposición básicamente presentaciones comerciales donde se decía qué hacía la empresa y los servicios que ofrecía, mientras que el gerente de proyectos, esto es, Andrés Troncoso, se encargaba de consultoría específica en ingeniería de sistema en los proyectos que desarrollaba It Consultings.

2.4.4. El día 25 de abril de 2008 los señores Andrés Troncoso y Jaime Hernández constituyeron la sociedad Afts Electronics cuyo objeto social principal es la prestación de servicios profesionales, técnicos y de soporte en ingeniería de comunicaciones, de sistemas y electrónica, entre otras, siendo también un canal que ofrece servicios de tecnología principalmente en el portafolios de soluciones de IBM (interrogatorio de parte de Jaime Hernández, fl. 201, cdno. 2, min.5:45 y fls. 5 a 7, cdno. 1).

2.4.5. IBM es una compañía que comercializa software a clientes finales a través de una cadena de distribución autorizada y unos canales de segundo nivel que tienen relación comercial con el mayorista. Dentro de los mayoristas se encuentra la sociedad Nexsys de Colombia S.A. (Nexsys), cuya función principal es comprar el licenciamiento de los productos de IBM y revenderlos a los asociados del negocio, que son los canales de segunda categoría, como es el caso de It Consultings y Afts Electronics.

IBM tiene una obligación contractual directa con los canales para cumplir los términos y condiciones de licenciamiento, mientras que Nexsys es el responsable de tener una relación con IBM para manejar la cartera con ellos y hacer los pagos. Normalmente los

asociados de negocios no pueden comprarle directamente a IBM sino a través de un mayorista.

Lo anterior se puede corroborar con las declaraciones de Uriel Guzmán, Gerente de Canales de Región de IBM (fl. 72, cdno. 3, min. 8:44) y de Mauricio Jaramillo Urrutia, Director de Ventas de Nexsys de Colombia (fl. 76, cdno. 3, min. 07:58).

2.4.6. Con base en declaraciones de Mauricio Jaramillo Urrutia, Director de Ventas de Nexsys (fl. 76, cdno. 3, min. 07:58), se encuentra demostrado que para ser distribuidor de IBM en calidad de "partner" o asociado del negocio, son necesarios 3 requisitos: en primer lugar que IBM acepte el contrato, en segundo lugar, estar inscrito en el programa de "partner" y, por último, tener las certificaciones mínimas requeridas por IBM.

En concordancia con lo anterior, también se acreditó que una vez son aceptados por IBM los canales son registrados como asociados de negocios y, en tal virtud, están autorizados para distribuir productos IBM, pues de lo contrario no podrían proveerle a los clientes de productos IBM.

2.4.7. Acorde con la declaración de Uriel Guzmán, Gerente de Canales de Región de IBM (fl. 72, cdno. 3, min. 6:50 y 8:44) que resulta conforme con la documental obrante a folios 75 a 80 del cuaderno 2, se encuentra demostrado que Afts Electronics es "partner" o asociado de negocio de IBM desde el año 2008 a través del mayorista Nexsys y por ello, es canal autorizado para distribuir productos IBM. Por su parte, la sociedad IT Consultings fue asociado de negocio de IBM a través del mayorista Nexsys en años anteriores al 2008.

2.4.8. De acuerdo con las declaraciones de Mauricio Jaramillo Urrutia, Director de ventas de Nexsys (fl. 76, cdno. 3, min. 04:29), se tiene por cierto que el día 1° de enero de 2008 IBM y Nexsys decidieron dar por terminada la relación contractual con It Consultings consistente en el licenciamiento y comercialización de productos de Software IBM como consecuencia del incumplimiento por parte de It Consultings de los términos contractuales que rigen dicha relación, perdiendo así la calidad de "partner" de IBM.

La anterior declaración encuentra sustento en las manifestaciones efectuadas por Jorge Mario Gómez, ejecutivo del área de canales de software para Colombia de IBM (fl. 74, cdno. 3, min. 21:15), quien indicó que para el año 2008 Nexsys e IBM desvincularon a la sociedad It Consultings para la venta de distribución de Software de IBM y, además, que como consecuencia de ello hubo un periodo en que It Consultings dejó de ser partner de IBM.

Sobre el particular, es importante recalcar que, contrario a las alegaciones efectuadas en la demanda, la calidad de "partner" de IBM que ostentaba la sociedad demandante no finalizó como consecuencia de las conductas endiligadas a los demandados, sino a situaciones imputables a IT Consultings, que inclusive tuvieron lugar con anterioridad a la constitución de Afts Electronics, debiéndose agregar que no se desprende participación alguna de Andrés Troncoso y Jaime Hernández.

2.4.9. Adicionalmente, se corroboró, con base en las declaraciones de Jorge Mario Gómez (fl. 74, cdno. 3, min. 21:15) y en la documental obrante a folio 88 del cuaderno 2, que para el año 2009 It Consultings estuvo vinculada con otro canal mayorista autorizado por IBM - que no era Nexsys- para distribuir software IBM y que posteriormente, el día 12 de agosto

de 2009, la sociedad demandante decidió terminar de manera unilateral la distribución aludida en el territorio colombiano.

De conformidad con las declaraciones de Jorge Mario Gómez, ejecutivo del área de canales de software para Colombia de IBM (fl. 74, cdno. 3, min. 21:15) se encuentra acreditado que para el año 2008 Nexsys e IBM desvincularon a la sociedad It Consultings para la venta de distribución de Software de IBM, por lo que durante un periodo de tiempo It Consultings no ostentó la calidad de “partner” de IBM.

2.4.10. Se corroboró en la inspección judicial que tuvo lugar el 16 de abril de 2012, que durante los años 2006 a 2008 It Consultings mantuvo relaciones comerciales, entre otros, con Cooperativa de Ahorro y Crédito Coompartir, Comfandi, Almacenes La 14 S.A., Fotos del Oriente Ltda. y Grupo Antioqueño de Apuestas GANA, consistentes en la prestación de servicios de consultoría de tecnología, así como que no contrató con ninguno de los clientes de la sociedad demandada a excepción de Comfandi.

También se demostró que Nexsys le facturó en 2008 y 2009 a It Consultings por concepto de comisión de licencias “Informix”, debiéndose agregar que las facturas relacionadas entre Nexsys e It Consulting son producto de un acuerdo de facturación directa conforme a lo establecido en la documental obrante a folio 142 del cuaderno 5.

2.4.11. Los hallazgos realizados en la inspección judicial que tuvo lugar el 17 de febrero de 2012 (fls. 85 a 92, cdno. 5) dan cuenta que Afts Electronics tuvo relaciones comerciales con General Metálica S.A., Comfandi y Delima Marsh S.A. durante los años 2008 y 2009, consistentes en la prestación de servicios de soporte y mantenimiento técnico y administración de base de datos de Oracle en el caso de Delima Marsh S.A. En adición, se corroboró que Nexsys le facturó en 2008 y 2009 a Afts Electronics por concepto de comisión de licenciamiento en Comfandi y por licencias VMware Workstation.

Es del caso precisar, que las facturas efectuadas por Nexsys a Afts Electronics son por comisión de licenciamiento de Software en virtud de la relación que existía entre ellos de mayorista y canal de segunda categoría dentro de la cadena de distribución de IBM. Por lo anterior, contrario a lo manifestado por la demandante, Nexsys no era cliente de Afts Electronics ni de It Consultings, todo lo cual puede ser corroborado con las declaraciones de Uriel Guzmán (fl. 72, cdno. 3, min. 13:30) y de Mauricio Jaramillo Urrutia (fl. 76, cdno. 3, min. 32:14), en relación con el esquema de facturación.

2.4.12. De acuerdo con las manifestaciones efectuadas por Uriel Guzmán (fl. 72, cdno. 3, min. 4:38), se tiene por cierto que el procedimiento empleado por IBM para establecer el canal que se encargará de la distribución de sus productos está determinado en tres pasos, a saber:

En primer lugar, IBM identifica proyectos de desarrollo, implementación y mejoras con determinado cliente para establecer oportunidades de negocio, pues a través de un software de IBM se puede mejorar el proyecto o darle la solución al problema que tiene el cliente. Posteriormente, IBM registra la oportunidad de negocio en un sistema de gestión de acuerdo a los canales que hay en ese momento, y le puede sugerir al cliente alguno de los canales registrados en dicho sistema que tienen las capacidades necesarias y la cobertura geográfica para atender tal oportunidad. Por último, le envían ese proyecto de negocio al canal para que este decida si acepta o no.

Sobre la base de lo anotado, se puede concluir que IBM es quien se encarga de identificar la oportunidad de negocio y sugerir a los clientes los canales registrados aptos para atender sus necesidades, sin que haya incidencia directa de los canales de segunda categoría (como es el caso de Afts Electronics) en la escogencia del cliente.

2.4.13. El día 22 de octubre de 2008 funcionarios de IBM enviaron a la sociedad Afts Electronics un correo electrónico con asunto “Asignación de oportunidad de Comfandi para Afts Electronics”, en el cual le reportan la oportunidad de negocio con Comfandi y le solicitan una respuesta dentro las 48 horas siguientes a su asignación, pues de superar ese tiempo ese plazo la oportunidad sería redireccionada a otro “Business Partner” de acuerdo con los lineamientos de IBM (fl. 111 y 112, cdno. 2).

Lo anterior se encuentra respaldado con las declaraciones de Uriel Guzmán (fl. 72, cdno. 3, min. 11.37) quien indicó que implementó el procedimiento indicado en el numeral 2.4.12. y sugirió a la sociedad Afts Electronics para el desarrollo de dicho negocio con Comfandi.

2.4.14. El día 11 de noviembre de 2008 Comfandi y Afts Electronics celebraron un contrato para desarrollar e implementar un conjunto de funcionalidades en el sistema de información gerencial “bodega de datos de gestión comercial” con una duración de 7 meses, el cual fue adicionado el día 31 de diciembre de la misma anualidad (fl. 189 a 196, cdno. 1).

2.4.15. De acuerdo con las declaraciones de Carlos Arturo Sánchez Toro, gerente de proyectos de sistema de Comfandi (fls. 147 a 149, cdno. 6) el procedimiento precontractual implementado por esa compañía para asuntos de tecnología y desarrollo de software durante los años 2008 y 2009 siempre ha sido el mismo, esto es, (i) identificación del proyecto y la plataforma sobre la cual se va a trabajar, ya sea IBM, Oracle o cualquier otro; (ii) contactar la plataforma escogida para determinar los canales autorizados y (iii) evaluar el canal aprobado por IBM o la plataforma escogida para desarrollar el proyecto.

De lo expuesto en este numeral y en párrafos precedentes es viable colegir que el contrato celebrado entre Afts Electronics y Comfandi fue producto de un procedimiento empleado por IBM para la asignación de un oportunidad de negocio que fue aprobado posteriormente por Comfandi -luego de una evaluación del canal sugerido-, en la cual evidentemente los demandados no tuvieron injerencia, pues además de que el canal autorizado para la distribución de los productos o servicios requeridos fue sugerencia del mismo IBM, también estuvo sujeto a la aprobación del cliente, por lo que mal podía atribuirse a los accionados un comportamiento desleal.

Aunado a lo anterior, es necesario indicar que Comfandi únicamente contrataba los canales autorizados por las plataformas o casas matriz (IBM), en tanto que conforme con lo manifestado por el testigo citado “(...) *no trabajamos sino con canales autorizados porque cualquier error que no pueda solucionarse a través del canal se debe elevar a la casa matriz de la herramienta que uno escogió (...)*”.

2.4.16. Con base en las declaraciones de Yaneth Castellanos, trabajadora de It Consultings (fl. 61, cdno. 3, min. 48:29), en aquellos eventos en los cuales determinado canal no suministrara soluciones IBM, para suplir su necesidad puede el cliente acudir a cualquier canal autorizado que le suministre el producto.

2.4.17. El 10 de septiembre de 2008 Yenny Ramírez, funcionaria de IBM, envió al correo institucional de Jaime Hernández, jhernandez@itconsultings.net, el acta de una reunión

que tuvo lugar el 9 de septiembre de ese mismo año, en la cual se trataron, entre otros, temas relacionados con las oportunidades de negocio para la sociedad Afts Electronics en relación con clientes de It Consultings, como Almacenes Sí, Universidad Javeriana y Comfandi.

Vale anotar, en relación con este punto, que el simple hecho de que el señor Jaime Hernández haya utilizado el correo institucional que ostentaba en su calidad de contratista con la sociedad It Consultings para cruzar comunicaciones con funcionarios de IBM en relación con posibles oportunidades de negocios, no constituye *per se* una conducta desleal, pues para reputarse como tal debió haber estado acompañada de otros elementos probatorios que respaldaran una posible desviación de clientela respecto de los clientes allí referidos, circunstancia que no aconteció, pues tampoco hay prueba que Afts Electronics haya contratado con Almacenes Si y la Universidad Javeriana.

Adicionalmente, la situación respecto de Comfandi tampoco puede reputar ninguna deslealtad pues aun cuando se corroboró que Afts Electronics celebró un contrato con dicha compañía, el contenido del correo electrónico de la referencia no fue empleado como instrumento para contratar con aquella, según lo que se expuso en numerales anteriores.

2.4.18. De conformidad con las declaraciones de Oscar Martín Bohórquez, arquitecto de software de It Consultings (fl.159, cdno. 6, min. 7.23), se encuentra probado que en el año 2008, luego de haberle suministrado a Andrés Troncoso un comparativo de servidores de aplicaciones donde se instalan aplicaciones nóminales, un cliente de Cali de It Consultings lo contactó para preguntarle sobre un comparativo y al final de la conversación le indicó que *“él estaba llamando de parte de Andrés Felipe Troncoso”* de la sociedad Afts Electronics.

Al respecto, vale acotar que el testigo no indicó el nombre del cliente al cual el señor Troncoso le envió el comparativo referido ni tampoco concretó debidamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar mediante las cuales se pueda corroborar la posible desviación de clientela alegada, lo que sumado al hecho de que tampoco hay certeza de que el comparativo al que hacia alusión fue entregado directamente por el demandado o, por el contrario, fue adquirida dada su condición de cliente de IT Consultings por cualquiera de los medios que ellos empleaban para atender tales asuntos, permite detraer valor probatorio a las declaraciones del citado testigo.

2.4.18. También se probó, con el dictamen pericial obrante a folios 101 a 110 del cuaderno 6, que el 2 de junio de 2009 funcionarios de IBM le informaron a It Consultings que el señor Oscar Arbelaéz, Ingeniero de sistemas vinculado a esta sociedad, ostentaba una doble vinculación en las empresas Afts Electronics e It Consultings, razón por la cual procedieron a “dar de baja” su perfil.

Sin embargo, debe anotarse que tal circunstancia no ocasionó la pérdida de “partner” de IBM como la manifestó la demandante, pues tal y como se expuso, dicha situación se configuró como consecuencia del incumplimiento de las condiciones y términos del contrato con IBM que tuvo ocurrencia con mucho tiempo de antelación, esto es, en enero del 2008. Adicionalmente, tampoco puede afirmarse que la posterior vinculación de IT Consultings con IBM en el año 2009 haya terminado con ocasión de la doble vinculación de Oscar Arbelaez, en tanto que aquella se produjo por decisión propia de la actora.

2.4.19. Con base en lo manifestado por Oscar Arbeláez, Ingeniero de sistemas de IT Consultings (fl. 157, cdno. 6, min. 9:24) “el código prometics” es un código que identifica a un funcionario de una empresa con un nivel de experiencia que lo avala ante un cliente para implementar un producto y agregó con base en ello, que no autorizó a Andrés Troncoso y Jaime Hernández o a la sociedad Afts Electronics para utilizar su “código prometics”.

Así las cosas, aún cuando se corroboró que Oscar Arbelaez ostentó en el 2009 una doble vinculación en el “código prometics”, lo cierto es que tal circunstancia no ocasionó la desvinculación de IT consultings como asociado de negocios de IBM, así como tampoco la terminación laboral entre el referido y la demandante, ni mucho menos la descredición de la sociedad demandante de determinada certificación ante IBM, pues ninguna prueba aportó aquella para acreditar tales situaciones.

2.4.20. Durante los años 2002 a 2006 -antes de la vinculación con IT Cinsultings- Andrés Troncoso desempeño en la compañía Compunet el cargo de administrador de base de datos estando encargado de la plataforma instalada IBM con los productos Informix, Redbrick, Datastage y base de datos Oracle (fl. 16, cdno. 2).

2.4.21. Desde enero de 1998 hasta el 20 de abril de 2000, Jaime Hernández laboró en la empresa Open desempeñando el cargo de consultor de preventa y asesorando a los clientes y al área comercial en el proceso de desarrollo de los productos de dicha compañía (fls. 123 y 124, cdno. 2).

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

2.5.1. Actos de confusión, desorganización y explotación de la reputación ajena (art. 9, 10º y 15º L. 256/96):

De manera preliminar advierte este Despacho la improcedencia de las pretensiones incoadas por la demandante, como quiera que los supuestos fácticos que configuran los actos desleales de desviación de la clientela, confusión y explotación de la reputación ajena no fueron demostrados por la demandante (art. 177, C. de P. C.¹).

Precítese, sobre el particular, que de conformidad con los artículos 10º y 15º de la Ley de competencia desleal, para la configuración de las conductas en estudio resultaba indispensable que se materializara en el mercado una conducta idónea para inducir a los consumidores a error sobre la procedencia empresarial de los servicios prestados por IT Consultings (confusión) y para obtener un aprovechamiento de las ventajas de la reputación de aquellos servicios (explotación de la reputación ajena), situaciones que en el presente asunto no acontecieron.

Ciertamente, no existe prueba en el plenario que indique que el consumidor -como consecuencia de la conducta de los demandados- haya adquirido los servicios de Afts Electronics pensando que se trataba de los ofrecidos por IT Consultings o que los diferencie pero crea que tengan el mismo origen empresarial o relación alguna, así como tampoco se acreditó que la demandante gozara de algún tipo de reconocimiento o reputación en el mercado de la prestación de servicios tecnológicos; en esa medida, dada

¹ **Artículo 177 C.P.C.** “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)”

la inexistencia de una reputación en cabeza de It Consultings, no puede afirmarse que su contraparte la hubiera aprovechado de alguna manera.

Ahora bien, si a todo lo anotado se adiciona que IT Consultings no demostró que la conducta de los demandados hubiera quebrantado la organización interna de su empresa - elemento determinante para la configuración del acto desleal de desorganización-imposibilitándola para continuar con esa actividad mercantil en desarrollo de su objeto social, es claro que ninguna de las conductas desleales en estudio podría tenerse por configurada.

Así las cosas, se destimarán las pretensiones fundadas en las conductas desleales materia de análisis.

2.5.2. Actos de engaño, imitación y comparación (art. 11°, 13° y 14° L. 256/96):

Debe precisarse que en el caso *sub lite* no se demostró que la conducta de los demandados hubiera configurado los actos desleales en estudio en los términos de los artículos 11 y 14 de la Ley de Competencia Desleal.

En efecto, como se puede apreciar en el acápite en el que se refirieron las circunstancias fácticas acreditadas, la actora no demostró que los demandados hayan inducido al público a error mediante la utilización de indicaciones incorrectas y falsas sobre la actividad o prestaciones mercantiles que estos desarrollaban (art. 11). De igual manera, al tenor de lo establecido en el artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal tampoco se configuró el acto desleal de imitación, pues no existe prueba en el plenario que permita colegir que los demandados imitaron o reprodujeron las prestaciones o la iniciativa empresarial de IT Consultings generando confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o que esa reproducción de prestaciones haya comportado un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, circunstancias que, según se explicó en el numeral anterior, no se configuraron.

Finalmente, en lo que atañe al acto de comparación contemplado en el artículo 13 de la citada Ley, según el cual “*se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. (...)*”, resulta imperioso advertir que ninguna de las alegaciones establecidas en la demanda se enmarcan dentro de este específico comportamiento lo que permite descartar su configuración.

2.5.3. Acto de descrédito (art. 12° L. 256/96):

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 mercado², elementos todos que, de conformidad con el artículo 177 del C. de P. C., deben ser acreditados por la parte demandante.

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

Copn fundamento en esta consideración, en este asunto impera denegar el acto en estudio, ya que IT Consultings ninguna prueba aportó para acreditar que los señores Jaime Hernández y Andrés Troncoso hubieran difundido aseveración alguna encaminada a perjudicar la reputación de dicha sociedad o que hayan enunciado rumores sobre su situación financiera y la calidad “partner” de IBM. De hecho, la única prueba que intenta acreditar tales rumores, esto es, la declaración de Yaneth Castellanos, trabajadora de IT Consultings que manifestó que el cliente Comfandi le había indicado que Jaime Hernández informó que “*IT Consultngs se habia acabado*”, fue desconocida por el señor Carlos Arturo Sánchez Toro, gerente de proyectos de sistema de Comfandi, quien sostuvo que no había escuchado rumores respecto de la sociedad demandante.

En todo caso, si en gracia de discusión se admitiera que los demandados difundieron alguna afirmación en relación con la pérdida de calidad de “partner” de IBM de la demandante, tampoco se configuraría el mencionado acto pues, según se corroboró, tal circunstancia es verdadera, exacta y pertinente.

2.5.4. Actos de violación de secretos y violación de normas (art. 16, y 18° L. 256/96):

De conformidad con lo establecido en el artículo 16° de la Ley de Competencia Desleal, es imperioso denegar las pretensiones basadas en esa conducta en la medida en que no existe prueba del alegado carácter secreto de la información que poseían los demandados en virtud del cargo que ostentaban, debiéndose agregar que no fue probado que en caso de existir algún tipo de información de conocimiento verdaderamente limitado y secreto, ésta hubiera sido empleada para favorecer los intereses de la pasiva en aras de atraer clientes o cometer algún otro comportamiento desleal. De hecho, es importante resaltar que los conocimientos que tenían los señores Troncoso y Hernández sobre prestación de servicios de ingeniería de sistemas y manejo de clientes habían sido adquiridos con anterioridad a la ejecución del contrato celebrado con IT Consultings, tal y como se desprende de las pruebas analizadas.

En lo que tiene que ver con el acto de **violación de normas** denunciado, el cargo también se desestimaré, pues la actora no determinó la norma que considera violada, no demostró el correspondiente incumplimiento normativo y mucho menos la existencia de una ventaja competitiva generada como consecuencia del mismo, por lo que tal pretensión no amerita un estudio de fondo para ser desestimada³.

2.5.2. Desviación de la clientela y clausula general (art. 7° y 8°, L. 256/96)

Es pertinente recordar que el simple hecho de que unos trabajadores constituyan una sociedad mercantil para competir con su empleador o contra la persona jurídica de la cual hacen parte, o que aquellos aprovechen en el ejercicio de su actividad mercantil la experiencia que adquirieron al servicio de este, no constituye fundamento suficiente para tener por establecida la configuración de una conducta desleal, puesto que tal circunstancia obedece al desarrollo constitucional de la libertad de empresa (artículo 333 de la C.P.), así como tampoco es repudiable el hecho de que Comfandi haya preferido, *motu proprio*, los servicios ofrecidos por Afts Electronics tal y como sucedió con la situación referida en los numerales 2.4.12 y 2.4.15, por ser esta sociedad quien distribuía productos IBM.

³ Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 2763 de 31 de mayo de 2012.

Sobre la base de la anterior consideración, es evidente que en este caso no se configuraron las conductas desleales en estudio pues, acorde con lo que emerge del material probatorio recaudado, los señores Andrés Troncoso y Jaime Hernández se limitaron a ejercer su derecho a la libertad de empresa, reconocido en el artículo 333 de la Constitución Política, debiéndose precisar que los contratos celebrados por esta sociedad con ciertas empresas privadas no comportaron una conducta contraria a las exigencias de la ética y la moral que se espera de los participantes del mercado,

En efecto, el único cliente de los accionados que fue cliente de IT Consultings es la compañía Comfandi, la cual acudió a los servicios prestados por Afts Electronics por la calidad que esta ostentaba de canal autorizado de IBM, lo que le reportaba cierta seguridad en caso de error del producto. Aunado a ello, se demostró también que el procedimiento empleado para la contratación con Comfandi implicaba una serie de pasos en los cuales el canal autorizado estaba sometido a unas aprobaciones por parte del distribuidor IBM, el cual, valga anotar, era el que sugería el canal, de allí que no comporte deslealtad alguna el contrato celebrado entre Afts Electronics y Comfandi.

Agrégrese a todo lo anterior que la calidad de “partner” de IBM que ostentaba la sociedad IT Consultings se perdió con ocasión del incumplimiento del contrato que tenía con aquella compañía y que por ello, no podía suministrar productos IBM a ningún cliente que lo requiriera, lo que tornaba indispensable la participación de otros canales que proporcionaran tal servicio, todo con la asignación del procedimiento referenciado.

Ahora bien, tampoco puede considerarse como desviación desleal de la potencial clientela el hecho de que Andrés Troncoso y Jaime Hernández hayan celebrado contrato con la sociedad Delima Marsh S.A. a través de Afts Electronics durante la ejecución de sus contratos en IT Consultings, pues aquel tenía como objeto la prestación de servicios de administración de base de datos **Oracle**, servicio que no era prestado por la demandante o, por lo menos, no fue acreditado que ofreciera tales productos.

Puestas de este modo las cosas, corresponde concluir que en este asunto, no se demostró que los demandados hubieran actuado de manera contraria a los parámetros éticos de conducta a que se ha hecho mención.

2.6. Agencias en derecho.

En cumplimiento de lo previsto en los artículos 392 y 393, numeral 2° del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010), este Despacho fijará las agencias en derecho correspondientes a la primera instancia del proceso a cargo de la parte demandante, para lo cual se tendrán en cuenta los lineamientos previstos en el artículo 393 numeral 3°, del Código de Procedimiento Civil, así como las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo 1887 del 26 de junio del 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 10 de diciembre del 2003, normas actualmente vigentes.

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 el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. **Desestimar** las pretensiones de la sociedad IT Consultings Ltda. en virtud de lo consignado en la parte motiva de esta providencia.
2. **Condenar** en costas a la parte demandante. Para el efecto se fija por concepto de **Agencias en derecho**, la suma equivalente a seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes⁴ que ascienden a tres millones cuatrocientos mil doscientos pesos (\$3.400.200) a cargo del extremo demandante IT Consultings Ltda. Secretaría proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ

⁴ El SMLMV se estableció para el año 2012 en la suma de \$566.700.