



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. 5137 .

Expediente 09087355

Demandante: JAIRO ANTONIO RODRÍGUEZ CASTELBLANCO (demandado en reconvencción), GLADYS CAÑADULCE AVENDAÑO (demandada en reconvencción), SOCIEDAD INDUSTRIAL TECHNOLOGIES S.A. (demandada en reconvencción) Y GLADYS CAÑADULCE AVENDAÑO y JAIRO ANTONIO RODRÍGUEZ CASTELBLANCO en representación de los menores JUAN SEBASTIAN RODRÍGUEZ CAÑADULCE y MARÍA PAULA RODRÍGUEZ.

Demandado: NUEVOS RECURSOS LTDA. (demandante en reconvencción), JUAN MANUEL FRESEN MARTINEZ (demandante en reconvencción), BEATRÍZ EUGENIA SOLANO TOVAR (Demandante en reconvencción) y PROMOTORES FINANCIEROS LTDA.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco, Gladys Cañadulce Avendaño, Industrial Technologies S.A. (en adelante: Indutecsa) y los menores Juan Sebastián y María Paula Rodríguez Cañadulce, contra Nuevos Recursos Ltda. (en adelante: Nuevos Recursos), Juan Manuel Fresen Martínez, Beatriz Eugenia Solano Tovar y Promotores Financieros Ltda., así como de la demanda de reconvencción presentada por estos últimos contra aquellos, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1. Los hechos:

1.1.1. Los hechos de la demanda principal:

Indicó la parte actora que el 22 de febrero de 1996 los señores Jairo Antonio Rodríguez y Gladys Cañadulce Avendaño constituyeron la sociedad Nuevos Recursos, cuya actividad principal consistía básicamente en la comercialización de *“instrumentos, equipos y material para la inspección, mantenimiento, medición y control para la industria y el comercio nacional y extranjero”*. Argumentó que en el año 2003, con el objeto de capitalizar dicha persona jurídica, se vinculó a Juan Manuel Fresen Martínez y Beatriz Eugenia Solano Tovar en calidad de socios titulares del 50% del capital.

Sostuvo que posteriormente, mediante el contrato contenido en la escritura pública No. 3162 del 12 de octubre de 2007, los esposos Rodríguez-Cañadulce cedieron a favor de los esposos Fresen-Solano su participación en la sociedad Nuevos Recursos (50%), contrato en el cual se pactó, en su cláusula cuarta, que los primeros se obligaban a *“salir del mercado, tanto a título personal como a nivel empresa, incluyéndolos a ellos, a sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil”*, estipulación que, en sentir de la accionante, es inconstitucional e ilegal, por cuanto vulnera el derecho al trabajo, de asociación, de libre empresa y de libre competencia, consagrados en la Constitución Política, al paso que atenta contra las buenas costumbres mercantiles, toda vez que pretende imponer obligaciones a terceros que no participaron en el acto en cuestión.

Agregó que en cumplimiento de la cláusula impuesta los señores Rodríguez-Cañadulce se abstuvieron durante casi dos años de desarrollar actividades comerciales, hasta que el 13 de abril de 2009 Indutecsa los designó como gerente y suplente de esa compañía, respectivamente. Sin embargo, la demandante aseveró que desde entonces ha sido objeto de persecución comercial por parte de los demandados, quienes han hecho pública la referida cláusula, realizando actos de descrédito respecto de proveedores y clientes, entres estos, Indumil, Equilam y Ecopetrol.

Sentencia N° 5137 de 2012

Adicionalmente, la accionante alegó que su contraparte ha explotado sin autorización y de manera abusiva la buena reputación crediticia de los señores Rodríguez-Cañadulce al seguir utilizando los pagarés firmados que sirvieron de garantía en los diferentes bancos y corporaciones cuando hacían parte de Nuevos Recursos.

1.1.2. Los hechos de la demanda de reconvención:

La parte reconviniendo afirmó que debido a que Nuevos Recursos no había logrado una estabilidad financiera en el mercado ni superar a sus competidores, los esposos Rodríguez-Cañadulce contactaron a Juan Manuel Fresen Martínez y a su esposa Beatriz Eugenia Solano Tovar, quienes tenían un gran conocimiento del negocio y podían impulsar la penetración de la compañía en el mercado. Como resultado de dicha propuesta, mediante el contrato contenido en la escritura pública No. 773 del 3 de marzo de 2003 los esposos Fresen-Solano adquirieron el 50% de la participación social de Nuevos Recursos por \$50.000.000, aspecto al que agregó la demandante en reconvención que desde el ingreso del señor Fresen Martínez, y debido a su gestión, aquella sociedad logró un fortalecimiento comercial significativo materializado, entre otras cosas, en su nivel de ventas.

Adujo que entre los socios de Nuevos Recursos se presentaron diferencias en relación con las decisiones directivas y estratégicas adoptadas por el señor Fresen Martínez, circunstancia que motivó que los esposos Rodríguez-Cañadulce ofrecieran a los esposos Fresen-Solano la compra de su participación en la sociedad y que, después de varias negociaciones, terminó en la adquisición del capital social de aquellos por parte de estos, negociación materializada en el contrato contenido en la escritura pública No. 3162 de 2007.

Sobre el particular, la reconviniendo precisó que el valor del contrato mencionado se fijó en la suma de \$500.000.000, que comprendía el precio de la participación social y, además, una remuneración a los cedentes por su compromiso de *“no ejercer la actividad comercial a la que se dedica la sociedad NUEVOS RECURSOS – NR LTDA.”* y *“no representar las casas o firmas nacionales y extranjeras con las cuales la sociedad NUEVOS RECURSOS – NR LTDA. tiene actualmente vínculos comerciales ya sea mediante contratos de representación o agencia comercial”*, para lo cual se protocolizó un listado de algunos de los proveedores con los que Nuevos Recursos tenía relación en esa época.

Añadió que con posterioridad a la cesión de su participación en Nuevos Recursos, los esposos Rodríguez-Cañadulce solicitaron a la auxiliar contable que copiara y entregara todos los archivos de la contabilidad general de la compañía, borraron la base de datos e información del equipo asignado a la señora Cañadulce Avendaño y, adicionalmente, en diciembre de 2007 el señor Rodríguez Castelblanco contactó a trabajadores de la citada sociedad para que trabajaran a su servicio.

Adujo que la creación de Indutecsa, una sociedad dedicada a la misma actividad mercantil desarrollada por Nuevos Recursos, fue planeada, asesorada y direccionada por los esposos Rodríguez-Cañadulce desde el momento de su salida de esta última sociedad, y no por ninguno de los accionistas que aparecen en el acto contentivo de su constitución, ni por los miembros de la junta directiva principal o suplente. Afirmó que Indutecsa ha promovido la ruptura de las relaciones comerciales de Nuevos Recursos con algunos de los proveedores incluidos en el listado anexo al contrato de cesión referido con antelación, como es el caso de Tecnofund Ltda., así como que ha obtenido la adjudicación de los contratos correspondientes a licitaciones efectuadas por Ecopetrol e Indumil mediante el ofrecimiento de los productos fabricados por los proveedores mencionados. Finalmente, agregó que Indutecsa ha venido comercializando y promocionando, sin autorización, productos marca “Magnaflex”, de la cual Nuevos Recursos es uno de los dos únicos distribuidores autorizados en Colombia, actuaciones todas que, en su concepto, hasta julio de 2009 le han generado pérdidas de oportunidades de negocios que valoró en la suma de \$495.000.000.

Sentencia N° 5137 de 2012

1.2. Pretensiones:**1.2.1. Pretensiones de la demanda principal:**

La parte demandante, en ejercicio de la acción declarativa y de condena, solicitó que se declarara que su contraparte incurrió en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 9° (actos de desorganización), 10° (confusión), 11° (engaño), 12° (descrédito), 15° (explotación de la reputación ajena), 17° (inducción a la ruptura contractual), 18° (violación de normas) y 19° (pactos desleales de exclusividad) de la Ley 256 de 1996. Consecuencialmente, pidió que se condenara a la parte demandada a remover los efectos producidos por los actos desleales e indemnizar los perjuicios materiales y morales ocasionados.

1.2.2. Pretensiones de la demanda de reconvención.

La parte demandante en reconvención solicitó se declarara que su contraparte incurrió en las conductas desleales previstas en los artículos 7° (prohibición general), 8° (desviación de la clientela), 12° (descrédito), 15° (explotación de la reputación ajena) y 17° (inducción a la ruptura contractual) de la Ley 256 de 1996 y, en consecuencia, que fuera condenada a cesar su comportamiento desleal, remover los efectos producidos por el mismo e indemnizar los perjuicios ocasionados.

1.3. Admisión y contestación de las demandas:**1.3.1. Demanda principal:**

Admitida la demanda mediante auto No. 1358 de 2009 (fl. 60, cdno. 1) y surtida en debida forma la notificación de su auto admisorio, fue contestada por los demandados así:

1.3.1.1. Promotores Financieros Ltda. (fls. 93 a 101, cdno. 1):

Se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda aduciendo que no está legitimada por pasiva en tanto que el objeto social que desarrolla es enteramente distinto al de Nuevos Recursos e Indutecsa y a la labor que desarrollan en el mercado los señores Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco, Gladys Cañadulce o los esposos Fresen-Solano.

Sostuvo que no ha incurrido en actos de descrédito o de persecución comercial y que la cláusula introducida en la escritura pública No. 3162 de 2007 es una obligación contractual adquirida por los demandantes principales y se constituye como una expresión de un acuerdo contractual lícito. Sobre el punto, afirmó que los demandados no *“quedaron impedidos para trabajar”*, pues sólo se obligaron a no *“ejercer [directamente o a través de familiares suyos] la misma actividad comercial a la que se dedica la sociedad Nuevos Recursos – NR Ltda.”*, aspecto al que añadió que los esposos Rodríguez-Cañadulce no respetaron el acuerdo contractual utilizando a Indutecsa para realizar actos en contra de los intereses de Nuevos Recursos.

Por último, alegó que los hijos de los esposos Rodríguez-Cañadulce carecen de legitimación por activa, en tanto que no participan en el mercado porque son inhábiles para ejercer el comercio.

1.3.1.2. Nuevos Recursos, Juan Manuel Fresen Martínez y Beatríz Eugenia Solano Tovar (fls. 123 a 139, cdno. 1):

También se opusieron a las pretensiones formuladas en la demanda manifestando que la cláusula suscrita fue aceptada libremente, que es fruto de un acuerdo entre las partes y que

Sentencia N° 5137 de 2012

contiene una obligación, vinculante solo para los esposos Rodríguez-Cañadulce, consistente en abstenerse de ejercer la actividad comercial a la que se dedicaba Nuevos Recursos, obligación que aquellos incumplieron desde el momento en que se retiraron de dicha sociedad.

Sostuvo que la cláusula materia de controversia no es ilegal ni inconstitucional y que solo *“buscaba impedir que la experiencia y conocimiento del manejo de los negocios que los demandados conocieron, por sus cargos de dirección y confianza que desempeñaron en la sociedad demandada, puedan ser empleados por estos de manera directa o por intermedio de sus familiares”* (fl. 124, cdno. 1).

Respecto de los actos desleales atribuidos adujo que los empleados o dependientes de Nuevos Recursos no han realizado actos de descrédito en contra de los demandantes y que las garantías que pudieron haber otorgado los señores Rodríguez y Cañadulce fueron reemplazadas por garantías personales constituidas por el señor Fresen Martínez, razón por la que no ha habido explotación de la reputación crediticia ajena.

1.3.2. Demanda de reconvención:

Admitida la demanda de reconvención mediante auto No. 893 de 2010 (fl. 132, cdno. 2) y surtida en debida forma la notificación de su auto admisorio, fue contestada por los reconvenidos, quienes se opusieron a las pretensiones por cuanto consideraron que carecen de fundamento fáctico y jurídico.

Sostuvieron que el precio pagado sólo comprendió el valor de las cuotas sociales y que la incorporación de la cláusula en cuestión obedeció a que los reconvinientes querían obstaculizar a los demandados Rodríguez-Cañadulce el acceso al mercado bajo cualquier forma. Afirmaron que el prestigio que gozaba Nuevos Recursos es fruto del esfuerzo y trabajo de los señores Jairo Rodríguez y Gladys Cañadulce desde el momento de la creación de la sociedad, aspecto en relación con el cual resaltaron que esta siempre fue rentable.

Finalmente, adujeron que los esposos Rodríguez-Cañadulce no participaron en la constitución de la sociedad Indutecsa en tanto que no tuvieron incidencia alguna en la formación de su objeto social.

1.4. Trámite procesal:

Mediante auto No. 2504 de 2010 se citó a las partes para la audiencia de que trata el artículo 101 del C.P.C., en la cual no se llegó a ningún acuerdo que pusiera fin al litigio. Posteriormente, con el auto No. 708 de 2011 se decretaron las pruebas del proceso (fls. 17 a 28, cdno. 4) y, evacuada la etapa correspondiente, con el auto No. 19357 de 2012 se corrió traslado para alegar de conclusión, oportunidad que aprovechó la parte demandada (demandante en reconvención), quien reiteró las manifestaciones que presentó al contestar la demanda principal y formular la de reconvención.

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. Hechos probados:

Con fundamento en las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, es posible tener por cierto lo siguiente:

Sentencia N° 5137 de 2012

2.1.1. De la constitución de Nuevos Recursos y del ingreso de Juan Manuel Fresen Martínez y Beatríz Eugenia Solano a esa sociedad.

Acorde con el certificado de existencia y representación correspondiente, Nuevos Recursos se constituyó el 7 de marzo de 1996 por Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco y Gladys Cañadulce Avendaño (fls. 6 y 7, cdno. 1), sociedad dedicada a la venta de equipos para control de calidad, inspección y recubrimientos. Esta circunstancia fáctica fue corroborada con las declaraciones de Gladys Cañadulce, Jairo Rodríguez Castelblanco y Juan Manuel Fresen (4'48" y 4'15", tracks 278 y 271, fl. 4, cdno. 4, y 5'40", track 277, fl. 4, cdno. 4).

Como se aprecia en la "*Propuesta de Venta*" remitida por Jairo Antonio Rodríguez a Juan Manuel Fresen para poner a su disposición información sobre Nuevos Recursos (fls. 1 a 17, cdno. 2), durante el periodo comprendido entre los años 1996 y 2002 esta sociedad presentaba un "*incremento de ventas anuales*" de 25%. En ese contexto, y con la finalidad de capitalizar la sociedad, ampliar su mercado a otras líneas y ser más competitiva a nivel nacional, no cabe duda que en noviembre de 2002 Jairo Antonio Rodríguez eligió como nuevo socio de su compañía a Juan Manuel Fresen, a quien le ofreció el 50% de la participación en Nuevos Recursos por \$50.000.000, ofrecimiento que encontró fundamento en que aquel tenía conocimiento de que este último gozaba de amplia experiencia en el sector, adquirida, entre otros, por que se había desempeñado como Gerente Nacional de Ventas en Arotec Colombia S.A., una sociedad dedicada a la misma actividad de Nuevos Recursos y a la cual también estuvo vinculado Jairo Antonio Rodríguez.

La realización de la descrita oferta, por parte de Rodríguez Castelblanco a Fresen Martínez, se encuentra acreditada, además de la "*Propuesta de Venta*" mencionada, con las declaraciones de Angel Leonardo García Neira (fl. 185, cdno. 6, 5'35"), representante legal de la sociedad Advance Instruments Ltda., y de Rubén Francisco Chinchilla (fl. 186, cdno. 8, 16'12"), ingeniero electrónico que estuvo al servicio de Arotec Colombia S.A., quienes presenciaron los primeros contactos entre los referidos señores.

2.1.2. Del crecimiento de la sociedad Nuevos Recursos y de las diferencias presentadas entre los esposos Rodríguez-Cañadulce y Juan Manuel Fresen.

A partir de enero de 2003, una vez que Juan Manuel Fresen asumió la gerencia comercial de Nuevos Recursos, implementó una nueva política que consistió básicamente en fortalecer el manejo comercial de la compañía, lo que incrementó las ventas de manera significativa. Así aparece demostrado con los balances de prueba allegados en la inspección judicial realizada el 11 de mayo de 2011 (fls. 58 a 237, cdno. 9, y 1 a 92, cdno. 10), y se corrobora con la declaración testimonial de Doris Rojas Plazas, quien se desempeñaba como contadora de Nuevos Recursos y manifestó que respecto de las "*utilidades de los años 2003 y 2004 el comportamiento es igual a los años anteriores; y en 2005 se incrementaron las ventas de 25 millones a 119 millones, esta fecha fue cuando hubo el contrato de analítica con NR y de ahí en adelante se incrementaron las utilidades*" (min. 26:29, fl. 12, cdno. 7).

En el mismo sentido, los empleados de Nuevos Recursos que rindieron declaración en el marco de este proceso afirmaron que desde que ingresó Juan Manuel Fresen la sociedad presentó un crecimiento notable, adquirió nuevas instalaciones y, además, que "*le inyectaron dinero y [las] metas [fueron] espectaculares, fue un éxito total, todas las demás compañías pasaron a un segundo plano por las fuertes metas de Nuevos Recursos Ltda., cuando era muy pequeña la empresa*". Así lo afirmaron el señor Rubén Francisco Chinchilla, quien prestaba asistencia técnica a Nuevos Recursos desde sus inicios (21'52", fl. 186, cdno. 8), y el señor Gilberto Melo (11'31", fl. 23, cdno. 8), asesor comercial de ventas de dicha sociedad.

Sentencia N° 5137 de 2012

A pesar de los resultados de la gestión de Juan Manuel Fresen, Gladys Cañadulce y Jairo Rodríguez afirmaron, en sus respectivas declaraciones de parte, que durante el año 2007 tenían la percepción de que la compañía ya no estaba reportando las suficientes utilidades, circunstancia que atribuyeron a *“los malos manejos administrativos por parte de Fresen de los proyectos, las de licitaciones con el Estado. No planeaba, no hacía costos, burdamente calculaba el valor de venta de algún negocio y, cuando entraban a requerir, vendía la idea del negocio como lo máximo”* (min. 25'28", fl.4, cdno. 4). Por esa razón citaron a los esposos Fresen-Solano a una reunión extraordinaria realizada el día 7 de junio de 2007 con el fin de *“dar a conocer el interés”* que tenían en adquirir la participación social en la compañía correspondiente a aquellos (50%) y debido a que en dicha oportunidad no se concretaron las condiciones de la oferta en comento (fl. 27, cdno. 2), el 18 de julio de 2007 Juan Manuel Fresen presentó a los esposos Rodríguez-Cañadulce una oferta de compra por la totalidad de cuotas que ellos tenían en la sociedad Nuevos Recursos por la suma de \$500.000.000, propuesta que fue aceptada el 19 de septiembre de 2007 (fl. 34, cdno. 2), razón por la cual celebraron el contrato que se plasmó en la escritura pública No. 3162 del 12 de octubre de 2007, en la que se incluyó una cláusula de no-competencia, tal como adelante se explicará.

De otra parte, una vez que el señor Fresen Martínez asumió la representación y la dirección de la sociedad, esto es, con posterioridad al 12 de octubre de 2007, Nuevos Recursos comenzó una etapa de crecimiento comercial y administrativo significativos. Sobre el particular, sostuvo Diego Fernando Santiago Garzón, Gerente de Ensayos Generales de la compañía, que después del retiro de los esposos Rodríguez-Cañadulce *“hubo un revolcón administrativo porque don Juan tenía una visión de expansión más grande, de pronto menos conservadora que la que tenían Jairo Rodríguez y Gladys Cañadulce. Entonces él lo primero que hizo fue inyectar económicamente la empresa buscando que su hermano de alguna manera fuera el apalancamiento financiero, se contrató más personal, se contrató gente para que promocionara la empresa en la costa norte, en Medellín, se creó un departamento de mercadeo (...) fue un enfoque agresivo para conseguir clientes nuevos y donde no fuera conocido”* (fl. 127, cdno. 5, min 8'30").

2.1.3. De los antecedentes y contenido de la cláusula incorporada en la cesión de cuotas de participación y del conocimiento de los demandantes acerca de ese acuerdo:

Conforme se pudo establecer a lo largo del proceso, desde el inicio de las negociaciones que llevaron al contrato de cesión que acá interesa Juan Manuel Fresen, Beatriz Solano Tovar, Jairo Antonio Rodríguez y Gladys Cañadulce tenían claro conocimiento de la incorporación de una cláusula de no competencia, de su contenido y consecuencias, conclusión que se deriva de las documentales obrantes en el expediente y, además, de las manifestaciones del testigo Juan David Zárate López, persona que intervino en la referida negociación en representación de los esposos Rodríguez-Cañadulce. En sustento de lo anotado téngase en cuenta lo que pasa a explicarse:

2.1.3.1. Conforme emana del documento obrante a folio 28 del cuaderno 2, que contiene la oferta de compra formulada por Juan Manuel Fresen el 18 de julio de 2007, es claro que desde que empezaron las conversaciones respecto de la venta de la participación en la sociedad por parte de unos socios en favor de otros -antes de que el transcurrir de las negociaciones llevara a que los esposos Fresen-Solano terminaran siendo los adquirentes del capital de Nuevos Recursos- estaba claro que los socios cedentes de su participación en la sociedad quedarían con la obligación de abstenerse de competir mediante los proveedores extranjeros relacionados en el cuadro anexo. Sobre el punto corresponde resaltar que en la ya referida oferta de compra Juan Manuel Fresen incluyó, como una de las condiciones del negocio, una *“3. [i]nhabilidad suya y de su señora por sí o por interpuesta persona, de manera indefinida, para comercializar las marcas de productos de la cual actualmente Nuevos Recursos es representante o distribuidor”* (fl. 28, cdno. 2), estipulación

Sentencia N° 5137 de 2012

que finalmente quedaría incluida en el contrato contenido en la escritura pública No. 3162 del 12 de octubre de 2007.

Sobre esta base, es claro que, contrario a lo que afirmó la parte demandante, se demostró que la cláusula de no competencia que interesa en este asunto no fue impuesta e incluida de manera arbitraria y sorpresiva por parte de los esposos Fresen-Solano, sino que fue concertada, con bastante antelación, por todos los intervinientes en el contrato en cuestión, quienes manifestaron su consentimiento sobre ese específico aspecto.

Así, los esposos Rodríguez-Cañadulce sí fueron consultados sobre la cláusula, además lo consintieron tal como emana de la declaración del señor Juan David Zárate López, quien se encargó de la negociación y firma del contrato en representación de los esposos Rodríguez-Cañadulce, deposición de la que se extrae claramente que *“la cláusula cuarta fue una sugerencia de Herman Fresen [en representación de los esposos Fresen-Solano], fue redactada con puntos, comas y letras por él, indudablemente representando sus intereses, y quería beneficiar esos intereses. Lo conozco momentos antes de la escritura o en el trámite de la minuta de la escritura, es una cláusula que él quiere que quede introducida en el negocio, que quede introducida en la escritura y que yo se la consulto a mis poderdantes. La reacción de mis poderdantes es ya todo está hecho ya queremos es vender y cerrar este capítulo”* (min. 30:25, fl. 201, cdno. 6).

Corroboró lo expuesto el hecho de que el acuerdo entre los socios de Nuevos Recursos era de conocimiento público en la compañía, circunstancia acreditada con la declaración testimonial de Magda Milena Pachón Castiblanco, Gerente de la División de Equipos de Laboratorio de Alimentos y Unidades Móviles de esa sociedad, quien afirmó que era sabido que *“el que se fuera, en ese momento, ya fuera el señor Fresen o el señor Rodríguez, no podrían vender equipos de esas mismas líneas, no podían atacar ese mismo mercado, pues a pesar de que es un mercado grande, realmente es un mercado limitado en número de clientes. Es grande por la cantidad de dinero, pero en número de clientes es muy pequeño. Entonces sé que se acordó que ninguno de los dos, fuera cual fuere el que se quedara, no podría seguir ejerciendo la venta de equipos”* (min. 30'00", folio 169, cdno. 6). Esta declaración fue confirmada por Maribel Hernández, Coordinadora Administrativa y Financiera de Nuevos Recursos, quien adujo que estuvo presente e todas las reuniones celebradas para llevar a cabo la negociación que acá interesa y que los conceptos que comprendía el precio fijado incluían *“las representaciones que tenía en el momento Nuevos Recursos y habían cláusulas que don Juan quería que estuvieran específicas que era que no se podían ir los socios y trabajar en algo similar o igual en lo que que trabajaba Nuevos Recursos”*, condición que fue, acorde con su versión, aceptada por Jairo Antonio Rodríguez (6'59", fl. 12, cdno. 7).

2.1.3.2. Corresponde ahora precisar el contenido de la cláusula de no competencia que interesa en este caso y su extensión, en el sentido de establecer las personas que quedaron vinculadas con ella. La cláusula es del siguiente tenor:

“(…) CUARTA. - Igualmente se obligan LOS CEDENTES, sea directamente o a través de familiares suyos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o mediante la participación de cualquier especie societaria, a no ejercer la actividad comercial a la cual se dedica la sociedad NUEVOS RECURSOS – NR LTDA. y contemplada en su objeto social. Así mismo se obligan por cualquiera de las formas de representación enunciadas anteriormente, a no representar las casas o firmas nacionales y extanjeras con la cuales la sociedad NUEVOS RECURSOS – NR LTDA. tiene actualmente vínculos comerciales, ya sea mediante contratos de representación o agencia comercial. Para estos efectos, con la presente escritura pública se protocoliza un listado actual de empresas o firmas con las cuales la sociedad NUEVOS RECURSOS – NR LTDA. tiene celebrados contratos de representación y agenciamiento en Colombia” (fl. 39 vuelto, cdno. 2).

Sentencia N° 5137 de 2012

Pues bien, para efectos de desarrollar la tarea anunciada resulta conveniente recordar las pautas que la jurisprudencia ha establecido al juzgador para efectos de interpretar las estipulaciones de un contrato. Sobre el particular precisó la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

El juzgador debe “determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete. (...)

2. Ahora bien, el criterio basilar en esta materia -más no el único, útil es memorarlo- es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, ‘conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’, en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ib., a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán ‘por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra’. Esa búsqueda -o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborío hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, ‘la letra mata, y el espíritu vivifica’. El mismo artículo 1622 -ya citado- sienta otras reglas más de acentuada valía, como aquella que prevé que ‘las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad’, en clara demostración de la relevancia que tiene la interpretación sistemática y contextual, brújula sin par en estos menesteres. O, en fin, la contemplada en el artículo 1621, que dispone que cuando no aparezca ‘voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato’, sin dejar de tener su propia fuerza y dinámica, en veces definitiva para casos específicos, la asentada en el artículo 1620, según la cual, ‘el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno’, lo que significa que si la interpretación de una cláusula puede aparejar dos sentidos diversos, uno de los cuales le restaría -o cercenaría- efectos, o desnaturalizaría el negocio jurídico, dicha interpretación debe desestimarse, por no consultar los cánones que, de antiguo, estereotipan esta disciplina”¹.

Sobre la base del bagaje teórico que ha quedado expuesto, en aras de establecer el verdadero contenido obligacional de la cláusula transcrita debe partirse por señalar que una interpretación apenas literal de ese aparte del convenio llevaría a concluir que los esposos Rodríguez-Cañadulce se obligaron a (i) “no ejercer la actividad comercial a la cual se dedica la sociedad NUEVOS RECURSOS” y a (ii) “no representar las casas o firmas nacionales y extranjeras con las cuales la sociedad NUEVOS RECURSOS tiene actualmente vínculos comerciales”.

Sin embargo, en este caso se encuentran elementos de juicio suficientes para tener por demostrado, mediante la aplicación de los criterios de interpretación expuestos, que la intención de las partes consistía en que los esposos Rodríguez-Cañadulce, en su condición de socios salientes de Nuevos Recursos, aunque quedaban habilitados para ejercer la misma actividad comercial a la que se dedica esa sociedad, no podían representar los proveedores de dicha persona jurídica incluidos en el listado anexo a la escritura pública

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil cinco (2005). Exp. No. 7504.

Sentencia N° 5137 de 2012

contentiva del contrato que acá importa, conclusión cuyo fundamento se encuentra en los antecedentes -ya expuestos- de la aludida cláusula, la aplicación práctica que de ella hicieron las partes y en una interpretación sistemática de su contenido.

Ciertamente, en primer lugar se encuentra demostrado que en todas las etapas de la relación contractual que acá interesa, incluyendo su formación, constitución y ejecución práctica, era un aspecto claro que la obligación asumida por los socios salientes consistiría en la que ha sido expuesta. Así se aprecia porque, como quedó explicado, durante las tratativas que llevaron a la celebración del contrato de cesión las partes acordaron que aquellos socios que vendieran su participación en Nuevos Recursos, más que tener prohibido participar en el mercado en el que se desenvuelve esa sociedad, solo quedarían "inhabilitados" para "*comercializar las marcas de productos de la cual actualmente Nuevos Recursos es representante o distribuidor*", estipulación que además era conocida, en esos precisos términos, por las personas que podrían llegar a resultar afectadas por la cesión del capital de la persona jurídica mencionada.

En el mismo sentido, la verdadera intención de las partes se evidencia en la aplicación práctica de la cláusula en cuestión, pues las diversas actuaciones de Nuevos Recursos encaminadas a lograr la aplicación efectiva del acuerdo estuvieron sustentadas en que los esposos Rodríguez-Cañadulce no estaban habilitados para comercializar los productos fabricados por los proveedores enlistados en el documento anexo de la escritura pública No. 3162 de 2007, no en que aquellas personas debieran abstenerse de participar en el mercado de la comercialización de instrumentos y equipos. Así se aprecia en las misivas que Juan Manuel Fresen remitió a Indumil, mediante la cual informó a esa entidad sobre la venta de derechos sociales a los señores Juan Manuel Fresen Martínez y la señora Beatriz Eugenia Solano Tovar y la obligación adquirida en la cláusula cuarta de la referida escritura (fls. 22 a 26, cdno.1), circunstancia a la que se debe agregar el fundamento mismo de la demanda de reconvencción que, como se explicó en el acápite de antecedentes de esta providencia, estriba -entre otras cosas- en que los esposos Rodríguez-Cañadulce, a través de Indutecsa, comercializaron bienes originados en los proveedores señalados.

En segundo lugar, debe resaltarse que interpretar la mencionada cláusula en el sentido en que los esposos Rodríguez-Cañadulce sencillamente debían abstenerse de participar en el mercado dejaría absolutamente sin sentido dos estipulaciones contenidas en ese específico aparte del contrato: de un lado, la obligación de no representar "*las casas o firmas nacionales y extranjeras*" que para octubre de 2007 tenían vínculos comerciales con Nuevos Recursos y, del otro, el listado incluido a la escritura pública como referencia de los proveedores que los esposos Rodríguez-Cañadulce no podrían representar. Acerca de este punto, es evidente que si la intención de los contratantes hubiera sido que los socios salientes de la sociedad se retiraran definitivamente del mercado, ningún sentido tendría la estipulación según la cual los socios salientes se abstendrían de contactar determinados proveedores propios de ese mercado, pues si no pudieran tomar parte en ese escenario ninguna falta habría hecho enlistar a determinados proveedores.

Puestas de este modo las cosas, el contenido obligacional de la cláusula cuarta del contrato celebrado por los otrora socios de Nuevos Recursos consiste en que Jairo Antonio Rodríguez y Gladys Cañadulce Avendaño no debían participar en el mercado en el que toma parte Nuevos Recursos, sin embargo dicha restricción se limita únicamente a la representación de los proveedores expresamente incluidos en el listado anexo a la escritura pública No. 3162 de 2007, estando habilitados para comercializar los mismos productos siempre que provinieran de fabricantes diferentes.

Ahora bien, en lo que atañe a las personas obligadas por la cláusula cuarta materia de estudio, es claro que la referencia a los familiares de los cedentes o a personas jurídicas en las cuales ellos participaran tenía como propósito que los esposos Rodríguez-Cañadulce se

Sentencia N° 5137 de 2012

abstuvieran de representar a los proveedores ya mencionados, tanto actuando directamente, como haciéndolo a través de las personas naturales y jurídicas enunciadas, circunstancia que se aprecia prístinamente con la aplicación práctica que de la cláusula realizó Nuevos Recursos (fls. 22 a 26, cdno. 1) y que emerge del texto mismo del acuerdo, en el que se precisó que la referencia a las personas diferentes de los contratantes correspondía a “*formas de representación*”.

Entendida en la forma descrita la cláusula cuarta del contrato denominado “*cesión cuotas sociales*”, la obligación allí contenida goza de todo el sentido y se encuentra fundada en motivaciones objetivas y razonables, por cuanto la restricción allí establecida está directamente vinculada a la protección que se pretendía garantizar a los socios de Nuevos Recursos que terminaran adquiriendo la totalidad del capital social respecto de la experiencia y reconocimiento de los socios que se retiraran de dicho ente jurídico, aspecto sobre el cual es necesario que gozaban los demandados –señores Jairo Rodríguez y Gladys Cañadulce– en el mercado, en tanto que, tal como se estableció a lo largo del proceso el referido señor gozaba de una posición en el mercado de asesoría profesional en el suministro de equipos, accesorios, insumos, repuestos y servicios en el área de control de calidad, en especial respecto de los proveedores de Nuevos Recursos.

2.1.3.3. Respecto de la tacha de sospecha planteada por la parte demandante (demandada en reconvencción) contra la testigo Maribel Hernández, que fundamentó en la relación laboral existente entre la declarante y Nuevos Recursos (min. 20'40, fl. 12, cdno 7), resulta pertinente precisar que conforme se evidencia a lo largo del proceso la declaración de la testigo, que -junto con otros elementos de juicio- sirvió de base para algunas de las conclusiones expuestas en el numeral que antecede, merece credibilidad, toda vez que dicho deponente presencié directamente los hechos sobre los cuales versó su declaración, específicamente los relacionados con las realización de las reuniones celebradas con anterioridad a la realización de la negociación y posterior suscripción de la referida escritura Pública.

De la misma manera, y conforme a la exposición de los hechos efectuada, puede ser considerada responsiva, exacta y completa², puesto que atendió cada uno de los interrogantes que le fueron formulados, relatando los hechos correspondientes de manera espontánea y cabal, señalando las razones por las cuales aquellas circunstancias fácticas llegaron a su conocimiento, sin que pueda perderse de vista -en razón de su fundamental importancia en cuanto a la valoración de la prueba testimonial se refiere- que su testimonio resultó concordante con los demás elementos de juicio resaltados en apoyo de las conclusiones del declarante.

Acorde con lo que ha dejado establecido la jurisprudencia³ y por lo expuesto anteriormente, es evidente que no prosperará la tacha de sospecha formulada por la parte demandada.

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

3 Al indicar que, “*la mácula con que se mira a tal linaje de testigos [se refiere a los sospechosos] sólo se desvanecerá y, por qué no, desaparecerá, en la medida en que brinden un relato preciso, responsivo, exacto y cabal, esto es, en síntesis, razonado y particularizado en todo cuanto dieren noticia, y que, aún así, encuentren respaldo en otros elementos probativos, todo analizado, cual lo dice la norma en cuestión, de acuerdo con las circunstancias de cada caso*”; será entonces cuando nada justifica que el juzgador continúe desconfiando de sus relatos, y les suministre el valor demostrativo que verdaderamente ostentan. Refluidrá así el estado habitual del hombre y su inclinación a creer en los demás, del cual había salido por razón de una sospecha que a la postre fue disipada”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sentencia de mayo 10 de 1994, exp. 3927.

Sentencia N° 5137 de 2012**2.1.4. De la constitución de Indutecsa, la participación de los esposos Rodríguez-Cañadulce en esa actuación y el incumplimiento de la cláusula cuarta del contrato.**

Continuando con lo que se ha venido exponiendo a lo largo de este acápite, es claro que a pesar de la aceptación voluntaria y conciente de la cláusula cuarta incluida en el contrato protocolizado con la escritura pública No. 3162 de 2007, los esposos Rodríguez-Cañadulce incumplieron el acuerdo pactado. Existen serios indicios a partir de los cuales puede concluirse que tres meses después de haber suscrito aquel contrato, con base en el cual se obligaron a abstenerse de intervenir en el mercado mediante la representación de los proveedores incluidos en el listado correspondiente, llevaron a cabo las gestiones pertinentes para, a través de terceros, constituir una sociedad comercial que se dedicaría a la misma actividad de Nuevos Recursos comercializando, precisamente, los productos fabricados por los aludidos proveedores.

La anotada conclusión se fundamenta en lo siguiente:

2.1.4.1. A pesar que los esposos Rodríguez-Cañadulce manifestaron que no participaron en el proceso de la creación y organización de Indutecsa, constituida el 28 de enero de 2008 (fls. 3 a 5, cdno. 1), lo cierto es que no existe elemento probatorio alguno que respalde esas afirmaciones, razón por la cual se debe recordar que, como lo ha precisado de manera reiterada la jurisprudencia, las atestaciones de las partes que les resulten favorables no tienen fuerza demostrativa alguna⁴. Agrégase que la aseveración en cuestión de ninguna manera podría ser considerada como indefinida, pues además que sí era susceptible de ser demostrada -mediante las declaraciones de los fundadores de Indutecsa, por ejemplo-, por las razones que se referirán es claro que la parte demandante principal no prestó la debida colaboración para que un medio probatorio decretado con este propósito pudiera practicarse, lo que claramente puede ser apreciado por el Juez como un indicio en contra de la referida parte (arts. 71, num. 6º, y 249, C. de P. C.).

2.1.4.2. Adicionalmente, existen circunstancias a partir de las cuales puede tenerse por acreditado que Indutecsa fue fundada, organizada y dirigida, en la práctica, por Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco y Gladys Cañadulce Avendaño, en tanto que se evidencia que manejaban de manera oculta dicha persona jurídica desde el punto de vista comercial y administrativo.

En efecto, contrario a lo que afirmó el señor Rodríguez Castelblanco al rendir su declaración de parte (6'40", fl. 4, cdno. 4), emerge del acta de la Asamblea General de Accionistas No. 001, de 6 de febrero de 2008, que su labor y la de la señora Cañadulce Avendaño fue mas allá de una simple asesoría. El señor Rodríguez Castelblanco se encargó de los aspectos comerciales de la compañía y se le autorizó la "*realización de viajes tanto a nivel nacional como al exterior para conseguir, a nombre de Industrial Technologies S.A., representaciones de fábricas reconocidas de otros países*", mientras que su esposa, acorde con lo que se advirtió anteriormente, se encargó de la parte administrativa de la empresa (fl. 167, cdno. 5).

La conclusión anterior cobra mayor fuerza teniendo en cuenta que la parte demandante principal, en contravención con lo dispuesto en los artículos 71, numeral 6º, y 177 del C. de P. C., a pesar de las múltiples citaciones y requerimientos formulados por este Despacho no prestó la debida colaboración para que los accionistas de Indutecsa⁵ comparecieran a rendir la declaración testimonial que fue decretada en este asunto, circunstancia que en los términos de los artículos 71 y 249, *ibídem*, permite configurar un indicio grave en contra de

4 Cas. Civ. Sentencia de octubre 31 de 2002, exp. 6459.

5 Los señores Virley Janeth Herrera Contreras, Lady Johana Correa Garzón, Jaime Niño Bernal (gerente para el momento de la constitución), Sandra Patricia Pachango Vitopia y Anderson Medina Pachongo.

Sentencia N° 5137 de 2012

dicha parte, en especial sobre la participación de los esposos Rodríguez-Cañadulce en la creación y funcionamiento de Indutecsa, lo que lleva a concluir que fueron ellos quienes estaban detrás de la circunstancia fáctica comentada.

Lo anterior se torna más gravoso si se tiene en cuenta que una de las personas mencionadas en el registro mercantil como socia de Indutecsa no aparece registrada en el Archivo Nacional de Información de la Registraduría Nacional del Estado Civil, circunstancia acreditada con el oficio remitido por esa entidad, en el que informó que revisado “*el ANI, se pudo establecer que no existe registro alguno de solicitud de cédula a la fecha con el nombre de Sandra Patricia Pachango Vitopia (...) y el número 1.030.690.539 [referido en el registro mercantil como el correspondiente a la identificación de esta persona] no ha sido asignado a ninguna persona*” (fl. 171, cdno. 1).

2.1.4.3. Conforme pudo establecerse de las diferentes declaraciones recaudadas en este caso, los esposos Rodríguez-Cañadulce, a través de Indutecsa, estaban participando en el mismo mercado de Nuevos Recursos representando a algunos de los proveedores incluidos en el listado incorporado al contrato que interesa en este caso, tal como se desprende de las documentales allegadas en la inspección judicial realizada el 8 de agosto de 2011, que muestran las importaciones realizadas por Indutecsa en el año 2008 (fls. 69 a 72, cdno. 2 y 101 a 106, cdno. 5).

Debe recalarse, adicionalmente, que lo esposos Rodríguez-Cañadulce también tenían interés en vincular al personal que hacía parte de Nuevos Recursos, aspecto fáctico acreditado porque, seis meses después de que aquellos se retiraron de la sociedad demandada principal, contactaron “*a los señores Gilberto Melo, a Diego Santiago*” y a Magda Milena Pachón “*mediante el messenger de hotmail*”, acercamientos que tuvieron como propósito la formulación de ofertas laborales, acorde con la declaración de Magda Milena Pachón (min. 3’30”, fl. 169, cdno. 6), que fue corroborada por la del señor Gilberto Melo (min. 5’43”, fl. 23, cdno. 8).

2.1.5. De los clientes y proveedores de Nuevos Recursos e Indutecsa.

Los proveedores respecto de los cuales versaba la prohibición estipulada a cargo de los esposos Rodríguez-Cañadulce, relacionados en el listado anexo al contrato protocolizado con la escritura pública No. 3162 de 2007, son los siguientes: “*Vansolix S.A., Zingal Fezago, Allied Corrodion Industries, Alpha Resources Inc., Atago, Alcopro, B&W Technologies Inc., BK Precision Corporation, Pacific Transducer Corp., B&H Photo Video Proaudio, High Tech Supplies Inc., Jeio Tech Inc., KTA Tator Inc., Kodak, Magnaflux, Metal Samples Corrosion Monitoria Systems, Micro Daqu.com Ltda., Martin Metallurgical Supply Company, NDS Products, Oxford, Paul N. Gardner Company, Inc. Gardco, Paul N. Gardner Company Inc., PCWI International PTY Ltda, Pipeline Inspection Company Ltda., SADT, Sino Age Development Tectrade Ltd., Solotest, Tecnofund Ltda., Tes Tex Inc., Thomas Scientific, Testing Machies Inc., Casella USA, Sonatest Inc., Control Company, Dakota, Danatronics Corporation, Defelsko Corporation, Edibon, EMIC Equipamentos Sistemas de Ensayo Ltda., Equilam Industria e Comercio Ltda., Elcometer, Future Tech Corp., Forestry Suppliers Company y Hate*” (fls. 48 vuelto a 50, cdno. 2).

Sobre el particular, a lo largo del proceso se logró acreditar que Indutecsa ha venido realizando operaciones de importación y ofreciendo en el mercado colombiano productos fabricados por los mismos proveedores de Nuevos Recursos, conforme emana de las documentales allegadas al proceso, que acreditan que Indutecsa, dirigida por el señor Rodríguez Castelblanco, para el año 2008 realizó operaciones de importación (fls. 69 a 84, cdno. 2) con proveedores extranjeros, tales como PCWI International PTY Ltda., Defelsko Corporation, High Tech Supplies Inc. Adicionalmente, las pruebas mencionadas dan cuenta de que Inductecsa ha comercializado con la sociedad Tecnofund Ltda. productos con los

Sentencia N° 5137 de 2012

cuales le fue adjudicada la licitación publicada por Indumil en 2009, hecho que fue corroborado por las diferentes declaraciones testimoniales rendidas por los señores Gilberto Melo (min. 27'10", fl. 23, cdno 8) y Diego Fernando Santiago Garzón (min. 6'24", fl. 127, cdno. 5).

Conforme se desprende del dictamen pericial, durante los años 2008 a 2011, es evidente que Indutecsa recurrió a algunos proveedores extranjeros que según la obligación contenida en la cláusula cuarta no podía realizar importaciones, así:

Año	Proveedor Extranjero	Valor CIF US\$
2008 (fls. 101 y 102, cdno 5).	PCWI International PTY Limited	20,785.83
	Defelsko Corporation	20,327.28
	High Tech Supplies, Inc.	23,822.21
	Dakota Ultrasonics	9,304.09
	Sino Age Development techtrade Ltd.	7,136.20
	Allied Corrosion Industries Inc.	3,054.38

Año	Proveedor Extranjero	Valor CIF US\$
2009 (fls. 103 y 104, cdno. 5)	PCWI International PTY Limited	17,864.97
	Defelsko Corporation	11,597.34
	High Tech Supplies, Inc.	15,312.57
	Dakota Ultrasonics	37,483.44
	Sino Age Development techtrade Ltd.	2,585.55

Año	Proveedor Extranjero	Valor CIF US\$
2010 (fls. 105 y 106, cdno. 5)	PCWI International PTY Limited	35,889.62
	Defelsko Corporation	16,661.47

Año	Proveedor Extranjero	Valor CIF US\$
2011 (enero – ago/11) (fls. 105 y 106, cdno. 5)	PCWI International PTY Limited	15,561.60
	Defelsko Corporation	4,393.97

2.1.6. Se encuentra demostrado que Promotores Financieros Ltda., a pesar de que cuenta con una participación social en Nuevos Recursos, tal y como se advierte en el certificado de existencia y representación obrante a folios 8 y 9 del cuaderno 1, no participa directamente en el mercado al cual se dirige la actividad mercantil de las sociedades Nuevos Recursos e Indutecsa. Adicionalmente, conforme se evidencia en la exposición de los hechos en la demanda y como se desprende de la declaración de parte del señor Herman Fresen Martínez, dicha sociedad no participó de manera alguna en los hechos que generaron las supuestas conductas desleales alegadas (track 273, fl. 4, cdno. 4).

2.1.7. Está demostrado que en el mismo mercado existen diferentes sociedades que ofrecen iguales productos y servicios a los que comercializan Nuevos Recursos e Indutecsa. Entre ellos se encuentran Advance Instruments, Andina de Tecnologías, Quality Color, Instrumentación y Servicio Ltda., Control Test Ltda., Metricolor Colombia Ltda., Margen Trust S.A., Tecnología de Corrosión Ltda., tal como lo informaron los señores Angel Leonardo García Neira (min. 4'20", fl. 186, cdno. 6) y Carlos Eduardo Castro (min. 27'35", fl. 31, cdno. 8), lo que también se desprende de las documentales aportadas (fls. 76 a 101, cdno. 7).

2.1.8. De las documentales aportadas puede tenerse por acreditado que una vez los esposos Rodríguez-Cañadulce se retiraron de la sociedad Nuevos Recursos, el señor Juan Manuel Fresen remitió comunicaciones en las que informaba a las diferentes entidades bancarias el cambio de composición social de la compañía y su representación legal, documento en el que también se hizo responsable de movimientos de la cuenta corrientes en

Sentencia N° 5137 de 2012

los bancos Bancafé, Bogotá, AV Villas, Santander, Popular y Bancolombia (fls. 114 a 121, cdno. 1).

2.1.9. Conforme se desprende de las documentales obrantes en el expediente y de la declaración de parte rendida por el señor Fresen Martínez, la cual goza de fuerza de confesión (arts. 195 y 209, C. de P. C.), se encuentra acreditado que el referido señor, fundado en la cláusula cuarta del acuerdo incorporado en la escritura pública No. 3162 de 2007, remitió a Indumil comunicaciones en las que puso en conocimiento la inhabilidad de Indutecsa para ejecutar un contrato que le había sido adjudicado en una licitación en la que Nuevos Recursos también participó (fls. 22 y 23, cdno. 1, min. 17'22", track 272, fl. 4, cdno. 4).

2.1.10. A pesar que entre las sociedades Magnaflux y Nuevos Recursos existía un acuerdo de distribución, tal y como emana de las documentales obrantes a folios 93 al 106 del cuaderno 2, en la declaración de parte rendida por Jairo Rodríguez Castelblanco en su calidad de representante legal de Indutecsa manifestó, con fuerza de confesión (arts. 195 y 209, C. de P. C.), que dicha sociedad promociona y comercializa dichos productos en Colombia, los cuales adquiere en el mercado norteamericano (19'36, fl. 4, cdno. 4).

2.2. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996 (arts. 2, 3 y 4, L. 256/96):

En el presente caso, es claro que se verificó el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, en tanto que, de un lado, restringir la posibilidad de acceder al mercado de un competidor y, del otro, gestionar la comercialización de productos de determinados proveedores nacionales y extranjeros aun en contra de la adquisición de compromisos previos, son comportamientos que tiene lugar en el mercado y que resultan objetivamente idóneos para favorecer la posición de sus autores en el comentado escenario. Vale la pena puntualizar que ambas circunstancias corresponden, respectivamente, a la demanda principal y a la de reconvención cuya decisión ocupa el Despacho.

De otra parte, es claro que el ámbito subjetivo y territorial se encuentra superado por las partes, pues las personas jurídicas participan directamente en el mercado colombiano de la comercialización de equipos, accesorios, insumos, respuestos y servicios en las áreas de control de calidad, ensayos no destructivos, entre otros, y, en cuanto a las naturales, además de su participación indirecta como beneficiarios de las actividades mercantiles de aquellas, tienen la calidad de comerciantes. Estas conderaciones obviamente no son predicables de los menores Juan Sebastián y María Paula Rodríguez Cañadulce, quienes ni toman parte del mercado, ni tienen la mencionada calidad.

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

Las partes, demandante principal y reconviniendo, están legitimadas por activa en tanto que se demostró que participan en el mercado y, además, si se acredita el sustrato fáctico de las pretensiones de las demandas formuladas en el marco de este proceso sus intereses económicos podrían resultar afectados, ya porque a partir de la inclusión de una cláusula restrictiva no se le permitiría competir libremente en el mercado en ejercicio de las actividades en las que tiene experiencia, ora porque el incumplimiento del referido pacto podría conllevar la pérdida de las ventajas competitivas que fundamentaron el precio fijado a las cuotas de participación en el capital de Nuevos Recursos, además de privarla de determinados clientes que habría podido obtener de no existir la oferta de su contraparte.

En cuanto a la legitimación por pasiva, corresponde anotar que están legitimados, en la demanda principal, los señores Juan Manuel Fresen Martínez, Beatriz Solano Tovar y la sociedad Nuevos Recursos, no así Promotores Financieros Ltda.; y en la de reconvención,

Sentencia N° 5137 de 2012

los señores Jairo Rodríguez Castelblanco, Gladys Cañadulce Avendaño y la sociedad Indutecsa, por las razones que pasan a exponerse.

Los referidos demandados principales se encuentran legitimados para soportar la acción de la referencia, pues la acusación consiste, en su punto más determinante, en haber incluido dentro del contrato de “*cesión de cuotas sociales*” una cláusula restrictiva de la competencia para evitar la participación en un ramo del mercado de los demandantes principales, contrariando así los parámetros objetivos de conducta establecidos en la Ley 256 de 1996.

En este sentido, Promotores Financieros Ltda. no está legitimado para soportar la acción, pues además que se demostró que no se dedica de manera directa a la actividad mercantil que desarrollan las sociedades que intervienen en el presente proceso (num. 2.1.6), su participación en este escenario se limitó a la adquisición del 25% de las cuotas sociales de la sociedad Nuevos Recursos, sin que de ninguna manera hubiera intervenido en la celebración de los acuerdos de voluntades cuya validez discute la parte demandante principal.

En tal sentido, y conforme a las reglas previstas en el artículo 22 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante: LCD), la acción promovida por los esposos Rodríguez Cañadulce encausada a que se declare la comisión de unos actos de competencia desleal, en virtud de la incorporación de una cláusula restrictiva de la competencia con un fin -presuntamente-desleal, como aquí acontece, únicamente debió dirigirse contra Juan Manuel Fresen, Beatríz Solano Tovar y Nuevos Recursos, y no, como lo pretende la actora, contra la sociedad Promotores Financieros Ltda., que no tuvo ningún tipo de ingerencia en los hechos que fundamentan las conductas alegadas.

Por las razones anteriores con respecto de la sociedad Promotores Financieros Ltda., ha de ternerse por probada la excepción de mérito propuesta “*falta de legitimación en causa pasiva*”, con base en las consideraciones anteriormente planteadas, de manera que el estudio de fondo de esta sentencia continuará solo respecto de Juan Manuel Fresen Martínez, Beatríz Solano Tovar y la sociedad Nuevos Recursos (demandados principales) y Jairo Rodríguez Castelblanco, Gladys Cañadulce Avendaño e Indutecsa (demandados en reconvencción).

De otra parte, los esposos Rodríguez-Cañadulce e Indutecsa están legitimados para soportar la acción de la referencia en la medida en que, como se explicará adelante, se demostró que aquellos, contrariando la estipulación que interesa en este asunto, mediante aquella persona jurídica participan en el mismo mercado en el que toma parte Nuevos Recursos con algunos de los proveedores respecto de los cuales tenían una obligación de abstención.

2.4. El problema jurídico:

El problema jurídico que se debe abordar para efectos de resolver las pretensiones consignadas en la decisión principal, consiste en establecer si, dadas las condiciones de este caso, puede ser considerado desleal, la negociación y celebración de una convención que restringe a uno de los extremos contratantes a participar en determinado segmento de mercado. Mientras que, del lado de la demanda de reconvencción, es preciso determinar si el incumplimiento de la obligación antes comentada mediante la ejecución de los actos que, precisamente, debían ser objeto de abstención.

2.5. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales acreditados en este caso:

Para efectos de abordar el análisis del comportamiento de la parte demandada principal es preciso exponer unas consideraciones generales acerca de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio y la procedibilidad de la acción de competencia

Sentencia N° 5137 de 2012

desleal en el marco del asunto que ha sido sometido a consideración, así como acerca de la validez de las cláusulas restrictivas de la competencia y, en particular, de los pactos de no concurrencia.

Procedibilidad de la acción de competencia desleal: En el marco de la acción de competencia desleal, que es considerada de naturaleza extracontractual⁶, independientemente que los hechos que dieron lugar al presente litigio también puedan eventualmente fundar una acción de tipo contractual dirigida a que el juez del contrato determine la validez de las estipulaciones de las partes -asunto que no corresponde analizar en esta oportunidad-, no puede perderse de vista que la jurisprudencia, con apoyo en el artículo 1º de la Ley 256 de 1996⁷, ha dejado suficientemente decantado que la acción de competencia desleal es procedente independientemente de la existencia de otras “*formas de protección*”, pues lo que es objeto de debate en el contexto de aquella acción no es la eventual infracción de las normas correspondientes a esos distintos sistemas tuitivos (normas sobre propiedad industrial, estipulaciones de carácter contractual, etc.), sino la conformidad de la conducta de la parte accionada con los parámetros normativos contemplados en la citada Ley 256 de 1996. En este sentido, resulta pertinente aclarar que la acción en referencia es procedente debido a que en el caso *sub lite* lo que se encuentra en discusión es si el comportamiento de las partes resultó contrario a los deberes de conducta contemplados de manera abstracta en la reseñada Ley, sin referencia a los efectos que pudo generar desde el punto de vista de las normas del contrato en cuestión.

En relación con este tema, es pertinente aclarar, con fundamento en lo que ha dejado establecido la jurisprudencia, que “la acción civil de carácter privado (...) *la individualizan diferentes elementos que a su vez y obedeciendo a finalidades de notable importancia, son los que permiten identificar la litis objeto de dicho proceso, habida cuenta que según como se presenten tales elementos en la realidad práctica, cada proceso tendrá su propia singularidad,...* Sujetos, objeto y causa son, pues, los elementos de toda pretensión por cuyo conducto se obtiene la individualización del contenido litigioso de cada proceso civil en particular, y en cuanto al tercero de esos elementos concierne, debe tenerse presente que *lo constituye el conjunto de hechos de relevancia jurídica en que el actor ha fundado la ameritada pretensión...*” (se resalta)⁸.

En esta medida, como en este caso las partes demandantes, la principal y la de reconvenición (sujetos), solicitaron la declaración de que su contraparte incurrió en actos de competencia desleal debido a que desconoció lo normado en los artículos 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 15º y 17º de la Ley 256 de 1996 porque -expuesto a grandes rasgos- la demandada principal impuso a la actora una cláusula restrictiva de la competencia inconstitucional e ilegal en el caso de la acción principal, y en el marco de la demanda de reconvenición la reconvenida, aunque se había comprometido a abstenerse de representar determinados proveedores, faltó a su obligación, es claro que las partes, habilitadas por la Ley y en los términos del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, contextualizaron su conflicto como una acción de competencia desleal.

Desde luego que la conexidad de la materia sujeta a debate en este proceso con aspectos de carácter contractual, como la validez de la cláusula que interesa en este asunto, no desnaturaliza la acción que han ejercido las partes pues, como ha tenido oportunidad de precisarlo la jurisprudencia, el juez está habilitado para resolver controversias que, si bien tienen causa directa o indirecta en actos respecto de los cuales no tiene competencia

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

7 Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Providencia de agosto 5 de 2003, M.P. Edgar Carlos Sanabria Melo, citada en: Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 509 de enero 23 de 2004.

8 Cas. Civ. Sentencia de julio 5 de 2007, exp. 1989-09134-01.

Sentencia N° 5137 de 2012

(asuntos contractuales, por ejemplo), generan controversias que por los factores referidos en los párrafos anteriores resultan de su conocimiento; no obstante, es pertinente advertir que la labor del juez en ese tipo de asuntos, obviamente, se limitará a las facultades que ostenta, consideraciones todas que en este caso se traducen en que este Despacho está habilitado para realizar el correspondiente análisis de deslealtad de las conductas denunciadas aunque ellas estén íntimamente ligadas a asuntos eminentemente contractuales relacionados con la validez de la cláusula restrictiva en comento, pero no lo está para decidir si la cláusula es válida o no lo es⁹.

Validez de estipulaciones de naturaleza contractual y, en particular, de las cláusulas restrictivas de la competencia: Doctrinariamente se ha sostenido que la libertad contractual se constituye como la máxima expresión del principio de la autonomía de la voluntad privada, libertad que tiene un *“fundamento ético, derivado del principio de buena fe, en cuanto impone la fidelidad a la palabra dada, lo que permite a la otra parte confiar en la promesa realizada”*¹⁰.

Sobre el particular ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que la libertad contractual se constituye como la máxima expresión de la autonomía privada de la voluntad y otorga a los intervinientes el poder **para disponer de aquellos intereses que le resultan jurídicamente relevantes**, confiriéndoles para el efecto ciertas facultades que les permiten determinar todos los aspectos esenciales, accidentales y naturales del negocio jurídico, pudiendo en tal sentido determinar el sujeto con quien contrata, el tipo contractual, la forma de celebración y su contenido obligacional. Adicionalmente, como consecuencia de lo anterior las estipulaciones pactadas en ejercicio de la libertad en comento tienen **un carácter vinculante** a partir del cual se exige su cumplimiento a las partes sin que alguno de ellos pueda sustraerse unilateralmente, en tanto que, una vez celebrado de conformidad con las disposiciones legales, se convierte en existente y válido, y obliga a sus intervinientes a su cumplimiento de buena fe en todas sus partes, so pena de *“ser compelida a su contrariedad al cumplimiento y a reparar los daños ocasionados”*¹¹.

9 Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *“Por su pertinencia, cumple observar que, en reiteradas ocasiones, esta Sala se ha ocupado de procesos judiciales que, no obstante tener causa directa o indirecta en actos de la administración, generan controversias que, por el factor rationae materia, deben ser resueltos mediante la aplicación de normas propias del derecho privado, y no del público, dentro de los cuales cabe mencionar, a título meramente ilustrativo, las acciones ordinarias de rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa celebrado por una entidad pública, como adquirente, con un particular, cuando tales negociaciones estuvieron sometidas a las especiales reglas de contratación pública (...) lo que permite aseverar que el simple hecho de que en la controversia civil juegue algún papel un acto administrativo, no constituye, per se, un factor atributivo de competencia que habilite a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de ella, pues, se itera, es posible que el litigio, como ocurrió en esos casos y acontece en el presente, verse sobre aspectos propios del derecho privado, en el que la incidencia que produce la actividad de la administración es meramente instrumental”*. Sentencia de julio 5 de 2007, exp. 1989-09134-01, ya citada.

10 BALLESTEROS Garrido José Antonio. Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1999. Pág. 20.

11 *“(...) 1. La autonomía privada (auto, ‘aujtov’, uno mismo, y “nomos”, ley), expresión de la libertad, derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad e iniciativa económica y de empresa garantizadas por el “Estado Social de Derecho” en tanto soportes del sistema democrático (Preámbulo, artículos 2º, 13, 14, 16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94, 150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335, 373, Constitución Política), confiere al sujeto iuris un poder para engendrar el negocio jurídico (negotium iuridicus, Rechtsgeschäft), rectius, acto dispositivo de intereses jurídicamente relevante. Más concretamente, la persona es la médula cinética, razón y justificación de toda conocida ordenación normativa, a la cual le concede personificación, atributos, derechos, iniciativa, libertad y habilidad jurídica para disponer de sus intereses en procura de satisfacer sus fines, necesidades vitales, designios o propósitos individuales en la vida de relación, disciplinar, regular, gobernar u ordenar su esfera dispositiva en el tráfico jurídico mediante el negocio jurídico y el contrato o “acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas” (arts. 864 Código de Comercio y 1495 Código Civil)” (cas. civ. sentencias de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01; 1º de julio de 2008, exp. 11001-3103-033-2001-06291-01; y 1º de julio de 2008, exp. 11001-31-03-040-2001-00803-01).*

Sentencia N° 5137 de 2012

Ahora bien, conviene resaltar que en tratándose de cláusulas restrictivas de la competencia, como la de exclusividad y la de no competencia -que, si bien tienen objetos distintos, comparten una naturaleza afín y, en esa medida, están gobernadas por unos principios idénticos- ha expuesto la Corte Constitucional que éste tipo de acuerdos no pueden ser considerados ilícitos o inconstitucionales *per se*, sino que en cada caso particular debe analizarse su efecto real en el mercado. En tal sentido sostuvo la Corporación:

“[e]l veto legal a los pactos de exclusividad, si ellos tienen por objeto o generan una pérdida parcial o total de competitividad en el mercado, sin duda alguna contribuye a promover la libre competencia. En realidad, el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados. Por ello si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas sí lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia. Desde un ángulo teórico, la medida sirve al propósito pretendido por la ley (...).”

El examen de estricta proporcionalidad de una disposición legal que ingiere en la libertad de empresa, postula que la intervención debe fundarse en un bien, fin, o interés que exhiba una jerarquía constitucional por lo menos semejante a la libertad afectada y que la restricción sea necesaria y no represente para el titular del derecho costos o cargas excesivas, sin perjuicio, desde luego, de la función social que debe cumplir la empresa y de la observancia de los límites que a ésta señala el artículo 333 de la C.P.

*La norma sería inconstitucional si comprendiera, sin discriminación alguna, todos los pactos de exclusividad. En verdad, carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad *per se* viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los*

Justamente, la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad. (...) 2.La posibilidad de disponer o no disponer de los intereses, contratar o no contratar, es la máxima expresión de la autonomía privada y no resulta contradicha por sus crecientes restricciones. Tal es la inteligencia genuina de la autonomía privada, o sea, la libertad y poder atribuido por el ordenamiento al sujeto iuris para celebrar el contrato, cuyo efecto cardinal, primario o existencial es su vinculatoriedad, atadura u obligación legal de cumplirlo, sin que, en línea de principio, quienes lo celebran puedan sustraerse unilateralmente. En efecto, todo contrato existente y válido, “obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (esentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia) o expresamente pactado (accidentalia negotia), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (pacta sunt servanda, lex privatta, lex contractus, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes” (cas. civ. sentencia de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01). Elementales directrices lógicas, éticas o legales, la regularidad, normalidad, estabilidad, seguridad, certidumbre del tráfico jurídico, la confianza legítima, autoresponsabilidad, buena fe y libertad contractual, explican la fuerza vinculante del contrato, y el repudio a su ruptura unilateral, en cuanto como acuerdo dispositivo de intereses jurídicamente relevante obra de dos o más partes, las obliga a cumplirlo de buena fe, y en línea general, excluye la terminación por una, so pena de ser compelida a su contrariedad al cumplimiento y a reparar los daños ocasionados.(...)” Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Exp. : 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas.

Sentencia N° 5137 de 2012

precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.”¹².

Conforme a lo anterior, la validez de las cláusulas restrictivas de la competencia debe analizarse en cada caso concreto de manera particular a fin de determinar el efecto real de la restricción, para lo cual debe analizarse, entre otros factores, razón por la cual no es posible colegir, como lo pretende la accionante principal, que en sí mismo un pacto de esta estirpe resulta contrario a la Constitución.

Finalmente, resta llamar la atención en un aspecto determinante en este caso en lo que hace relación con el alcance de la controversia y la función de este Despacho a la hora de resolverla: en el ordenamiento jurídico colombiano un contrato debe ser considerado válido mientras no exista un pronunciamiento judicial, por parte del juez contractual, en otro sentido, razón por la cual será de obligatorio cumplimiento para quienes lo celebraron. En relación con ello la doctrina especializada ha precisado que “[a]l rechazar nuestro Código Civil el concepto de las nulidades de pleno derecho, y al adoptar, en su lugar, el principio de que toda nulidad, cualquiera que sea su causa, requiere un fallo judicial que haga tránsito a cosa juzgada, dotó a lo actos jurídicos legalmente nulos de una eficacia provisoria, operante hasta dicha declaración, en forma tal que si esta no se produce, porque la validez o invalidez del acto no se ha sometido a oportunamente a la decisión judicial, dicha eficacia se proyecta hasta su total culminación”¹³.

2.5.1. Análisis de los actos imputados a la parte demandada principal.

2.5.1.1. Cláusula general y actos de desviación de la clientela (arts. 7º y 8º, L. 256/96):

Memórase que la conducta desleal imputada a la parte demandada consistió en que, en concepto de la actora, impuso a los esposos Rodríguez-Cañadulce y a sus familiares una cláusula que carece de validez porque es inconstitucional e ilegal debido a ser atentatoria de los derechos constitucionales al trabajo, libre empresa y libre competencia, así como por extender sus efectos a personas que no fueron parte del contrato que le sirvió de marco.

Establecida de ese modo la acusación, es claro que las pretensiones de la demanda principal deben ser desestimadas, pues además que en este caso se impone partir de la validez del contrato celebrado por los otrora socios de Nuevos Recursos y, en particular, de la cláusula de no concurrencia allí incluida, ninguno de los fundamentos para alegar la inconstitucionalidad e ilegalidad de ese específico aspecto del convenio resulta correcto.

Ciertamente, en primer lugar es preciso resaltar que la validez de la estipulación contractual en cuestión no ha sido sometida a consideración del juez del contrato, único competente para declarar la invalidez de dicha cláusula, razón que -por las consideraciones expuestas con antelación- impone tenerla por válida, en tanto que un contrato se reputa adecuado al ordenamiento hasta tanto exista una declaración en sentido contrario.

En segundo lugar, en el acápite en el que se expusieron las circunstancias fácticas demostradas quedó claro que la obligación restrictiva, lejos de haber sido impuesta por los cesionarios de las cuotas de los socios salientes, fue fruto de la autonomía de la voluntad privada, fortalecida por un proceso de negociación en el que el contenido obligacional de la cláusula siempre estuvo claro y que, además, contó con la participación y el aval de todas las personas que fungieron como parte en esa vinculación contractual.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

13 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 6a edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2000. Pág. 489).

Sentencia N° 5137 de 2012

En tercer lugar, la cláusula cuarta del contrato no generó obligaciones para personas que no hubieran tenido la calidad de parte en ese marco, aspecto que es paladino en la medida en que, como se explicó con antelación, la restricción estipulada únicamente quedó a cargo de los esposos Rodríguez-Cañadulce directamente o por interpuesta persona. Esta conclusión deviene en evidente teniendo en cuenta que, incluso si las partes lo hubieran querido estipular de ese modo, su pacto no habría sido vinculante para los terceros en el sentido de generarles obligaciones, conclusión cuyo sustento se encuentra en la reiterada posición de la jurisprudencia, que ha dejado sentado que “[e]l contrato, en efecto, es norma, precepto o regla negocial vinculante de las partes, únicas legitimadas para deducir o controvertir los derechos y prestaciones derivados de su existencia, a diferencia de los terceros, respecto de quienes, ni los perjudica, ni los favorece (*res inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse postest*), es decir, el principio general imperante es el de la relatividad de los contratos cuyo fundamento se encuentra en la esfera de la autonomía privada, la libertad contractual y la legitimación dispositiva de los intereses de cada persona”¹⁴.

En cuarto lugar, la conducta de la parte demandada principal, en particular de los actuales socios de Nuevos Recursos, consistente en la negociación de la adquisición de la totalidad del capital de la sociedad y la estipulación, con participación de los esposos Rodríguez-Cañadulce, quienes además prestaron su consentimiento a todos los acuerdos configurativos del contrato, de ninguna manera podría ser considerada desleal. Ciertamente, la limitación estipulada, pactada y, por lo tanto, consentida por todos los contratantes, resultó proporcionada teniendo en cuenta las condiciones propias del caso y, además, basada en fundamentos objetivos y razonables, aspecto al que se debe agregar su imparcialidad, derivada de que el pacto estaba claro y vigente independientemente de cuál de los socios adquiriera todas las cuotas. Sustento adicional de lo anotado es que el propósito del pacto no era otro que adoptar medidas para que los socios que se quedarán con la totalidad del capital de la compañía preservaran el valor de su inversión, que habría disminuido sustancialmente si los socios salientes hubieran quedado habilitados para competir con Nuevos Recursos con las representaciones de proveedores que, entre otras, tenían en exclusiva.

En quinto lugar, no existe prueba alguna que apunte a establecer que a partir de la inclusión de la cláusula en dicho pacto se haya generado una disminución, así fuere, mínima, en el mercado, por el contrario se considera objetivamente razonable que los esposos Fresen-Solano quisieran proteger su inversión de la experiencia y conocimiento que tenían los esposos Rodríguez-Cañadulce (ex-socios) respecto de los proveedores y casas matrices con los que dicha sociedad venía comercializando sus productos.

Finalmente, el derecho de asociación de toda persona tampoco se comprometió en este caso, pues aunque -en línea de principio- las personas naturales tienen garantizado su derecho a continuar vinculadas o desvincularse de las relaciones comerciales en las que estén involucradas con relativa facilidad, no puede perderse de vista que aún en esa hipótesis esta libertad de acción se encontraba limitada por el pacto adquirido con anterioridad del cual, se itera, los esposos Rodríguez-Cañadulce no podían sustraerse unilateralmente.

Lo anterior resulta suficiente para concluir que los señores Jairo Antonio Rodríguez y Gladys Cañadulce Avendaño, a partir de la celebración del contrato contenido en la escritura pública No. 3162 de 2007, adquirieron una obligación contractual que incumplieron, en tanto que tal como se demostró, tres meses después de que se comprometieron a no participar en el mismo mercado de Nuevos Recursos con los mismos proveedores, constituyeron a través de

14 Cas. Civ. Sentencia de julio 10 de 2008, exp. 2001-06291-01.

Sentencia N° 5137 de 2012

terceros la sociedad Indutecsa, dedicada a la misma actividad mercantil de aquella mediante la comercialización de los proveedores incluidos en el listado restrictivo.

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

Prevé el artículo noveno de la ley 256 de 1996 que *“se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno”*, aspecto sobre el cual se debe precisar que, conforme lo ha dejado establecido este Despacho, la configuración de la conducta en estudio supone que el comportamiento que fundamenta la demanda sea *“suficiente para quebrantar la organización de la empresa”* del sujeto pasivo del acto denunciado¹⁵.

De acuerdo con lo anterior y verificado el sustrato probatorio allegado al expediente, no se observa, en la demanda principal, conducta alguna que se atribuya a los demandados que apunte a la configuración del acto denunciado, tampoco existe prueba alguna dentro del plenario a partir de la cual pueda tenerse por demostrado que los demandados (demandantes en reconvención) hubiesen desplegado conducta alguna dirigida a quebrantar la organización interna de la empresa o actividad mercantil desarrollada por los esposos Rodríguez-Cañadulce mediante la sociedad Indutecsa.

Sobre el particular, téngase en cuenta que la estipulación contractual en comento, además de haber sido pactada, no está dirigida a que Indutecsa se retire del mercado, sino a que no tenga relación con determinados proveedores que tienen competidores en el mercado. Así, dado que la conducta denunciada, además de resultar acorde con las normas que reprimen la deslealtad en la concurrencia, no impidió que la sociedad demandante principal tuviera presencia en el mercado mediante una organización empresarial, es claro que el acto en estudio no se configuró en este caso.

2.5.1.3. Actos de confusión (art. 10, L. 256/96):

De conformidad con el artículo 10º de la Ley de Competencia Desleal, el acto de confusión se configura en los eventos en que se ejecuta con fines concurrenciales cualquier conducta que resulte idónea para provocar en los consumidores un error *“sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios”* que se le ofrecen¹⁶.

Es pertinente indicar que dentro del concepto del acto desleal en análisis se incluyen tanto los casos en los que *“el consumidor, al adquirir un producto, piensa que está adquiriendo otro” (confusión directa)*¹⁷, como aquellos en los que se presenta el denominado riesgo de asociación, que se produce cuando el consumidor reconoce la diferencia entre los productos o servicios de que se trate y su distinto origen empresarial, *“pero de algún modo se le ha llevado a pensar que existe una relación entre ambas [empresas], ya sean vínculos comerciales, pertenencia al mismo grupo empresarial, etc.” (confusión indirecta)*¹⁸.

Conforme con lo anterior y visto que en el libelo principal no se adujo conducta alguna respecto de los demandados que estuviera dirigida a provocar en los consumidores un error sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios que ofrecen los esposos Rodríguez-Cañadulce a través de Indutecsa, se desestimarán las pretensiones basadas en esta conducta. Tampoco puede tenerse por demostrada a partir de las pruebas

15 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 25 de 2010.

16 BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 357.

17 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial dentro del proceso No. 32-IP-2009.

18 SÁNCHEZ SABATER, Laura. Actos de Confusión. En: MARTÍNEZ SANZ, Fernando (director). Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal. Editorial Tecnos. Madrid. 2009. Pág. 79.

Sentencia N° 5137 de 2012

practicadas o allegadas al expediente, pues de ninguna manera se acreditó que algunos de los clientes o proveedores de las partes hayan acudido a Nuevos Recursos con el fin de adquirir un producto pensando que se trataba de servicios ofrecidos o productos comercializados por Indutecsa.

2.5.1.4. Actos de engaño y descrédito (arts. 11 y 12, L. 256/96):

En cuanto al acto de **engaño**, 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”. Sobre el particular es importante resaltar la indispensable relevancia de la información engañosa sobre la decisión de compra del consumidor, elemento sin el cual no podría entenderse configurada la conducta materia de estudio¹⁹.

En lo que respecta al acto desleal de **descrédito**, según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal su configuración exige la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas y/o impertinentes y que resulten aptas objetivamente para perjudicar el prestigio o buen nombre del competidor en el mercado²⁰.

En relación con estas conductas desleales, basadas en que Nuevos Recursos ha difundido el contenido de la cláusula cuarta tantas veces mencionada, es evidente que no es posible acceder a las pretensiones de la parte demandante, puesto que, de un lado, las afirmaciones no son, de ninguna manera, incorrectas o falsas, lo que descarta la configuración del acto de engaño y, del otro, aunque se admitiera que tuvo un efecto desacreditante de la actividad mercantil de Indutecsa, lo cierto es que se trata de afirmaciones verdaderas, exactas y pertinentes para los clientes de las partes de este proceso, razón que descarta el perfeccionamiento del acto desleal de descrédito.

2.5.1.5. Actos de inducción a la ruptura contractual (art. 17, L. 256/96):

Es necesario precisar, con fundamento en el artículo 17 de la Ley 256 de 1996, que la conducta en estudio únicamente se perfecciona si el agente irrumpe en las relaciones contractuales de otros con el fin de procurar que clientes, proveedores o trabajadores de su competidor infrinjan los deberes contractuales que contrajeron con este, den por terminado regularmente dicho vínculo o también en el caso en que dicho agente aproveche una infracción contractual ajena, siempre que en estos dos últimos casos conozca las mencionadas circunstancias y “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”²¹.

Aunque la parte demandante principal afirmó que su contraparte ha “buscado y logrado que proveedores, distribuidores, clientes y compañías” no contraten con los esposos Rodríguez-Cañadulce ni con Indutecsa, ninguna prueba aportó la accionante para demostrar tales atestaciones; por el contrario, se encuentra acreditado que fueron los señores Rodríguez-

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

20 Resolución 32749 de 2004. Exp. 02020504

21 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias No. 5 de noviembre 30 de 2005, No. 2 de febrero 26 de 2007 y No. 8 de julio 24 de 2007, entre otras.

Sentencia N° 5137 de 2012

Cañadulce quienes a través de Indutecsa lograron evitar que la sociedad Nuevos Recursos participara en la licitación convocada por Indumil, quienes participaron con productos fabricados por Tecnofund Ltd. (num. 2.1.5.).

2.5.1.6. Actos de explotación de la reputación ajena (art. 15, L. 256/96):

El acto desleal en estudio constituye una forma parasitaria de competir, pues consiste en emplear medios ilegítimos tales como la utilización de signos distintivos ajenos, el empleo de denominaciones de origen o la alusión a relaciones actuales o pasadas del competidor desleal con otro participante en el mercado, entre otras posibilidades, para adquirir una posición de privilegio en el mercado a costa del esfuerzo económico e intelectual de un tercero y la fama, reconocimiento y buen nombre de los que éste goza, aprovechando de ese modo lo que dicho tercero proyecta en el referido escenario, los valores que transmite, las simpatías que despierta y las afinidades que genera.

Como quiera que la actora fundó la infracción del acto acá analizado, en el aprovechamiento de la *“reputación crediticia”* de Jairo Antonio Rodríguez y Gladys Cañadulce, y que tal situación no se encuentra acreditada en las presentes diligencias sino que, por el contrario, tal como se advirtió en el numeral 2.1.8. de esta providencia, resulta del todo claro que después del retiro de aquellos de Nuevos Recursos Juan Manuel Fresen remitió comunicaciones a las diferentes entidades bancarias informando los cambios en la composición societaria de la sociedad demandada y haciéndose responsable por las obligaciones de la misma, se desestimarán las pretensiones fundadas en el acto de explotación de la reputación ajena.

2.5.1.7. Actos de violación de normas (art. 18, L. 256/96):

Según la norma en cita, se considera desleal *la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica*. De esto se sigue que la configuración de la conducta desleal en comento reclama la concurrencia de los siguientes elementos: **(i)** la infracción de una norma diferente a las contempladas en la Ley 256 de 1996 y **(ii)** la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa como consecuencia de la anotada vulneración. Teniendo en cuenta que la actora no determinó la norma que considera violada, no demostró el correspondiente incumplimiento normativo ni la existencia de una ventaja competitiva significativa generada en consecuencia del mismo, circunstancias respecto de las cuales ninguna prueba se encuentra en el proceso, el cargo en estudio se desestimaré.

2.5.1.8. Pactos desleales de exclusividad (art. 19, L. 256/96):

El artículo 19 de la ley 256 de 1996 al definir los **pactos desleales de exclusividad** establece que *“[s]e considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales”*.

Se desestimaré también la pretensión fundada en este tipo desleal en la medida en que no se demostró la existencia de contrato alguno de suministro relevante en este caso, ni tampoco de un pacto de exclusividad al que hace referencia el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, presupuestos ambos que condicionan la configuración del acto desleal en cuestión.

2.5.2. Análisis de los actos imputados a la parte demandada en reconvención.

Conforme se expuso anteriormente, se demostró que los señores Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco y Gladys Cañadulce Avendaño incumplieron lo pactado en la cláusula cuarta

Sentencia N° 5137 de 2012

del contrato contenido en la escritura pública No. 3162 del 12 de octubre de 2007, razón por la cual corresponde analizar si ese comportamiento infringió las normas contenidas en la Ley de Competencia Desleal, específicamente las contenidas en los artículos 7°, 8°, 12°, 15° y 17°.

2.5.2.1. Cláusula general (art. 7°, L. 256/96).

El artículo 7° de la Ley de Competencia Desleal establece que “[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 o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Dentro de los parámetros normativos contenidos en la disposición transcrita es pertinente resaltar el correspondiente al principio de la buena fe mercantil, que ha sido 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”*²² 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”*²³, 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”*²⁴.

Al respecto ha sostenido la Corte que *“en tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta, no sólo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aún cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones. Todo lo anterior sin dejar de lado que reglas tales como aquellas que prohíben abusar de los derechos o actuar contrariando los actos propios, entre otras, que en la actualidad, dada su trascendencia, denotan un cariz propio, encuentran su fundamento último en la exigencia en comento”.*

*‘Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad’*²⁵.

Con fundamento en las anteriores consideraciones de carácter general, considera el Despacho que el comportamiento de los esposos Rodríguez-Cañadulce se apartó de los

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

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

24 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 3-IP-99, citado en la sentencia No. 006 de junio 15 de 2007, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

25 Cas. Civ. Sentencia de agosto 9 de 2000, exp. 5372.

Sentencia N° 5137 de 2012

postulados del principio de buena fe comercial, pues aunque en el marco de las negociaciones de la cesión del capital de Nuevos Recursos se comprometieron a abstenerse de comercializar productos de los proveedores contenidos en el listado incluido en el contrato -pacto que resultaba determinante para mantener el valor del contrato y de la sociedad en tanto que ningún socio tendría pagar \$500.000.000 por el 50% del capital social si luego los socios salientes iniciaban una labor de competencia con los adquirentes en relación con los proveedores que con antelación tenían una relación de exclusividad con el ente jurídico-, 3 meses después de haber celebrado el contrato correspondiente, por interpuestas personas e, incluso, inscribiendo en el registro mercantil nombres y documentos de identificación inexistentes, eludieron su compromiso, constituyeron Indutecsa y, a través de esa persona jurídica, desarrollaron la misma actividad mercantil de Nuevos Recursos con las representaciones respecto de las cuales debían abstenerse.

Esa conducta denota que aún desde el momento de la celebración del contrato que denominaron "*cesión cuotas sociales*" los esposos Rodríguez-Cañadulce tenían claro que no se abstendrían de comercializar los productos de los proveedores que hasta entonces tenían relaciones comerciales con Nuevos Recursos, pero que, pese a ello, recibieron la remuneración pactada por las partes aunque la misma estaba basada en las condiciones en que se encontraba esa sociedad mercantil en el contexto del mercado, condiciones que los esposos Rodríguez-Cañadulce se empeñaron en modificar en beneficio propio, contra su compromiso y la expectativa generada en su contraparte contractual y en perjuicio de la sociedad cuyas cuotas de capital cedieron, llegando incluso a derrotarla en el marco de licitaciones empleando productos que no estaban habilitados para comercializar.

En conclusión, Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco, Gladys Cañadulce Avendaño e Indutecsa -esta última por colaborar con la conducta desleal de aquellos, en la medida en que fue la persona jurídica beneficiaria de tales comportamientos y el instrumento empleado para eludir los compromisos asumidos- actuaron de manera contraria al principio de buena fe comercial, razón por la cual se declarará que desconocieron la norma contenida en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996.

2.5.2.2. De la desviación de la clientela (art. 8°, L. 256/96).

En relación con el acto de desviación desleal de la clientela, debe precisarse que en repetidas oportunidades ha dejado establecido este Despacho²⁶, que la evocación de esta conducta no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal.

Así las cosas, es evidente que en este caso no se configuró el tipo desleal en estudio, pues la conducta de la parte demandada en reconvención se consideró constitutiva del acto desleal consistente en la violación de la cláusula general prevista en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996.

2.5.2.3. De los actos de descrédito, explotación de la reputación ajena e inducción a la ruptura contractual (art. 12°, 15° y 17° L. 256/96).

Acerca del acto de **descrédito**, no se allegaron los suficientes elementos de juicio que permitan determinar que los demandados en reconvención difundieron entre los clientes o proveedores de Nuevos Recursos la idea de que los esposos Fresen-Solano "*le robaron la compañía, son personas de mala fe*" con el fin de posicionar su empresa en el mercado (art. 12), circunstancia que no puede acreditarse con alegaciones como las manifestadas en la demanda, en tanto que no hacen prueba a favor de la accionante en reconvención. Por esta razón se desestimarán las pretensiones fincadas en esta conducta.

26 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 16 de 2011 y No. 001 de 2012.

Sentencia N° 5137 de 2012

Respecto del acto de **explotación de la reputación ajena**, aunque en este caso está acreditada la existencia de una reputación en cabeza de Nuevos Recursos y que la misma se vio fortalecida una vez que Juan Manuel Fresen Martínez adquirió de parte de los esposos Rodríguez-Cañadulce su participación en la sociedad, no se acreditó de ninguna manera que una vez los señores Jairo Rodríguez Castelblanco y Gladys Cañadulce Avendaño se retiraron de la sociedad demandada (demandante en reconvención) se hayan valido de su reputación o posición en el mercado, aspecto que desvirtúa la existencia del supuesto fáctico constitutivo del acto desleal en estudio.

En relación con el acto desleal de **inducción a la ruptura contractual** demandado, es necesario precisar que este únicamente se configura si el agente irrumpe en las relaciones contractuales de otros con el fin de procurar que clientes, proveedores o trabajadores de su competidor infrinjan los deberes contractuales que contrajeron con este, den por terminado regularmente dicho vínculo o también en el caso en que dicho agente aproveche una infracción contractual ajena, siempre que en estos dos últimos casos conozca las mencionadas circunstancias y *“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”*²⁷.

Partiendo de la anterior consideración de carácter teórico, es evidente que en este asunto los demandados no irrumpieron en la relación laboral que existía entre la demandante y sus empleados de tal manera que motivaran la renuncia de esas personas. Conforme a las pruebas acreditadas, evidentemente hubo un ofrecimiento laboral a algunas personas que se encontraban vinculadas a Nuevos Recursos (núm. 2.1.4.), en particular de los señores Gilberto Melo, Diego Santiago y Magda Milena Pachón. Sin embargo, y tal como se desprende de las de esas personas, la parte demandada en reconvención nunca concretó una oferta laboral, ni siquiera trató temas referentes a salarios o cargos, situación que no la hace ni siquiera idónea para tener por configurada esta conducta.

Ahora bien, respecto de la inducción a la ruptura contractual respecto de la relación comercial entre Nuevos Recursos y Tecnofund Ltda., uno de sus proveedores, aunque se demostró que esta sociedad reconoce a aquella como su distribuidor autorizado en Colombia (fl. 57, cdno. 2), lo cierto es que no obra en el expediente prueba alguna a partir de la cual pueda deducirse las condiciones del contrato con dicha sociedad o si el comentado rompimiento obedeció a conductas desleales desplegadas por los demandados Jairo Rodríguez Castelblanco, Gladys Cañadulce o Indutecsa, aspecto al que se debe agregar que la comercialización de productos de Tecnofund Ltda. por parte de estas personas no permite configurar el acto en cuestión, pues no supone una ruptura contractual, sino que perfecciona, como se indicó, una conducta contraria al principio de la buena fe comercial.

2.6. Pretensión indemnizatoria.

La parte demandante en reconvención fundó los conceptos y montos a indemnizar, tanto a la reconviniente Nuevos Recursos, como a los señores Juan Manuel Fresen Martínez y Beatríz Eugenia Solano Tovar, básicamente en la pérdida generada a aquella sociedad por la intervención de Indutecsa, especialmente por los siguientes aspectos: (i) los contratos adjudicados por Ecopetrol S.A. e Indumil, lo que en su sentir le generó pérdidas que estimó en \$129'000.000; (ii) la utilización de información privilegiada (lista de proveedores, canales, estrategias y formas de comercialización y la difusión de información incorrecta o falsa), lo que ha traído pérdidas para Nuevos Recursos consistentes en una reducción en el crecimiento de sus niveles de productividad en un porcentaje equivalente al 10% de su

27 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias No. 5 de noviembre 30 de 2005, No. 2 de febrero 26 de 2007 y No. 8 de julio 24 de 2007, entre otras.

Sentencia N° 5137 de 2012

margen bruto y, (iii) las importaciones realizadas por Indutecsa de equipos relacionados con la misma actividad a la que se dedica Nuevos Recursos, circunstancia que según la contrademandante generó una pérdida de oportunidad de negocios que valoró en la suma de \$495.000.000 (hechos 63, 64 y 65 de la demanda de reconvención, fls. 122 y 123, cdno. 2).

En cuanto a los ingresos que hubieran dejado de percibir Juan Manuel Fresen Martínez y Beatriz Solano Tovar, es claro que debido a la estructura y funcionamiento de las sociedades mercantiles, así como a las relaciones obligacionales que surgen entre este ente jurídico y sus socios, aquellas entradas devienen de los resultados de Nuevos Recursos. Así las cosas, si se reconociera una indemnización, tanto a la sociedad reconviniente, como a sus socios, estos últimos estarían siendo resarcidos dos veces, circunstancia ajena a la naturaleza del sistema colombiano de responsabilidad civil, que concibe la indemnización como una figura reparatoria y no de enriquecimiento.

En consecuencia de lo anterior será acogida la pretensión indemnizatoria solicitada respecto de la sociedad Nuevos Recursos, pedimento que será concedido sobre la base del criterio fundado en "*una pérdida de oportunidad de negocios*", pues dentro de éste se incluyen los diferentes detrimentos asumidos por la compañía y que fueron contenidos en sus pretensiones, tanto por los contratos logrados por Indutecsa con los productos provenientes de las diferentes casas matrices extranjeras con las que se había comprometido a no contratar, como por la reducción en el crecimiento de sus niveles de productividad.

Ahora bien, en materia de perjuicios corresponde a la parte interesada en los mismos, en este caso la demandante en reconvención, la carga de probar su existencia y cuantía, consideración que cobra toda la importancia en casos como el que acá se trata en tanto que, como lo ha reconocido la jurisprudencia, la declaración de la existencia de un acto de competencia desleal no supone -indefectiblemente- la causación de un daño patrimonial específicamente a quien denunció su ocurrencia²⁸.

Sobre la base de lo anterior, corresponde precisar el contenido de la pérdida de oportunidad como una tipología de perjuicios, aspecto sobre el cual ha señalado la jurisprudencia que "*la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento*"²⁹.

28 Cas. Civ. Sent. de noviembre 19 de 1999, exp. 5091.

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gomez. Sentencia de agosto 11 de 2010. Rad. 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593). En esta providencia la Corporación agregó que "[l]a pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado (...) la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañino no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las

Sentencia N° 5137 de 2012

Conforme con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado los elementos que configuran la pérdida de oportunidad como modalidad indemnizatoria, los cuales consisten, (i) en primer lugar, en la “*certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio*”, de modo que el daño no siempre estaría configurado por la transgresión de un derecho subjetivo, sino que para su perfeccionamiento bastaría la existencia de un interés o una expectativa legítimos³⁰; (ii) en segundo lugar, “*imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento*”, lo que significa que la oportunidad o el chance de percibir la ganancia o de prevenir el perjuicio debe haber desaparecido definitivamente³¹, y (iii) en tercer lugar, que el afectado se encuentre “*en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado*”, aspecto que implica analizar si el sujeto pasivo de la conducta dañosa se encontraba, al momento en que aquella tuvo lugar, en condiciones idóneas para obtener la ventaja cuya pérdida fundamenta la indemnización alegada³².

Para el caso que acá interesa corresponde a este Despacho determinar el daño sufrido por la parte demandante derivado de las conductas desleales declaradas fundadas que, en lo medular, comportaron para la actora la pérdida de la oportunidad de participar en negocios cuyo objeto consistiría en los productos importados de los proveedores incluidos en el listado anexo al contrato contenido en la escritura pública No. 3162 de 2007.

Precisada la existencia del daño irrogado a Nuevos Recursos y su tipología, corresponde ahora determinar su cuantificación:

Conforme lo adujo el auxiliar de la justicia al rendir su dictamen pericial, el detrimento financiero consolidado al cierre de 2011 asciendió a \$1.344.280.000, resultado de la diferencia derivada entre el valor proyectado de Nuevos Recursos con base en su comportamiento hasta el año 2007 y el flujo real obtenido en el año 2008 actualizado a 2011 (fl. 43, cdno. 11). Dicho con otras palabras, la cuantificación del perjuicio irrogado a aquella sociedad estaría determinada por los ingresos que debía percibir durante el periodo en cuestión, pero que nunca obtuvo.

probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso”.

30 Sobre el requisito en cuestión la jurisprudencia ha establecido que “*esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes*”.

31 Siguiendo con la jurisprudencia, el Consejo de Estado sobre esta condición precisó que “*la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente (...); por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás (...)* Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían”.

32 “*debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba. (...) Lo que interesa subrayar ahora es, sencillamente, que la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual que la técnica presuntiva y la teoría del incremento del riesgo, pretende auxiliar a la víctima que se encuentra en dificultades a la hora de probar que el daño padecido es consecuencia del hecho ilícito; y que, a diferencia de éstas, no persigue una estricta facilitación del nexo causal, sino indemnizar a la víctima, precisamente, cuando el lazo etiológico no se tenga por cierto y demostrado”.*

Sentencia N° 5137 de 2012

Así, es imprescindible, para efectos de cuantificar los perjuicios a cuya indemnización estará obligada la parte demandada en reconvenición, establecer la incidencia del ingreso de Indutecsa al mercado y de su actividad mercantil en la diferencia de valores a la que se ha hecho referencia, aspecto sobre el cual es necesario aclarar que, contrario a lo que pareció afirmar el perito, no existe ningún elemento probatorio -ni tampoco se considera razonable sobre la base de las reglas de la experiencia- que permita acreditar que la totalidad del detrimento señalado se debió a tales factores, es decir, al ingreso y desenvolvimiento de Indutecsa en el mercado que interesa en este caso.

La recién anotada conclusión encuentra fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, aunque está acreditado que Indutecsa importó productos de los proveedores de Nuevos Recursos contenidos en el listado restrictivo, lo cierto es que ninguna evidencia se presentó para tener por demostrado que la sociedad reconvenida comercializó tales equipos a los mismos clientes de Nuevos Recursos o a personas con las que esta sociedad podría llegar a constituir una relación comercial.

Ciertamente, ya está claro que durante los años 2008 a 2011 los esposos Rodríguez-Cañadulce, a través de Indutecsa, realizaron importaciones de equipos fabricados PCWI International PTY Limited, Defelsko Corporation, High Tech Supplies Inc., Dakota Ultrasonics, Sino Age Development techtrade Ltd., y Allied Corrosion Industries Inc., así como de Tecnofund Ltd. y de Magnaflux (equipos que adquiere a través de un distribuidor norteamericano), sociedades que se encontraban dentro del listado que acá importa.

No obstante lo anterior, no existe prueba alguna que permita determinar quiénes eran los destinatarios de dichos productos, a fin de establecer si las personas, sean naturales o jurídicas, eran los mismos clientes de Nuevos Recursos o si, en su caso, hubiesen recurrido a ésta sociedad a fin de adquirirlos, pues aunque dentro del expediente se tiene acreditado que existen algunos clientes comunes entre aquellas dos sociedades, conforme se evidencia en los listados aportados a folios 85 a 89 del cuaderno 10 y 50 a 62 del cuaderno 7, no existe una total correspondencia entre unos y otros, situación que hace difícil cuantificar el daño, pues no está demostrado que en caso de que Indutecsa no hubiese comercializado dichos productos los clientes de manera indefectible hubiesen acudido a Nuevos Recursos para adquirirlos, máxime si se tiene en cuenta que en el mercado participan otras sociedades como "*Tecsud, Arotec Colombia S.A., Tecnicas Andinas Industriales Ltda., Amcol Ingeniería Ltda. y Metricolor de Colombia Ltda.*" (fl. 35, cdno. 11).

Idéntica conclusión puede predicarse respecto de las ocasiones en que Indutecsa obtuvo contratos mediante la realización de concursos o licitaciones, puesto que acord con las documentales allegadas "*las empresas que se presentaron para este proceso de Invitación Pública a ofertar fueron: 1. Industrial Technologies S.A.-NIT. 90.197.258-3, 2. Instrumentación y Servicio Ltda. NIT 830.505.910-7 y 3. Nuevos Recursos Ltda. NIT 830.014.721-4*" (fl. 162, cdno. 11). Es de resaltar que respecto del concurso cerrado No. 32095 de Ecopetrol la sociedad Indutecsa participó con equipos de origen chino Timer Group Inc. de costos y calidad considerablemente menor a los presentados por Nuevos Recursos y cuya comercialización no estaba restringida (fl. 121, cdno. 2).

En segundo lugar, conforme se estableció en el dictamen pericial Indutecsa cuenta con un 11.90% (2008), 21.06 % (2009) y 20.97% (2010) de participación en el mercado respecto de Nuevos Recursos. No obstante, no se allegó dentro del expediente prueba alguna a partir de la cual pueda concluirse que esta participación haya sido adquirida debido a la comercialización de equipos importados de los proveedores incluidos en el listado y respecto de los cuales versaba la prohibición, circunstancia en relación con la cual es pertinente resaltar que para los años 2008, 2009 y 2010 Indutecsa contaba con mas de 160

Sentencia N° 5137 de 2012

proveedores adicionales a las sociedades extranjeras respecto de las cuales se comprometió a no contratar.

En tal sentido, resulta evidente que el perjuicio causado a la reconviente no puede cuantificarse por la participación en el mercado que tiene Indutecsa ni por las ventas que efectivamente realizó en el mercado colombiano de productos, provenientes de las casas matrices incluidas en el referido listado, sino por la pérdida de oportunidad que pudo haber sufrido Nuevos Recursos como consecuencia de la conducta desleal.

Así, para efectos de cuantificar el daño cuya existencia se ha acreditado, con fundamento en lo expuesto se itera que en el presente caso no hay pruebas que permitan determinar la incidencia precisa de la parte reconviente en los resultados de Nuevos Recursos que fundamentan la pretensión indemnizatoria, ya que el dictamen pericial practicado no sirve para ese propósito específico; así mismo, ninguna prueba de oficio que se pudiera decretar a estas alturas del proceso podría resultar idónea para determinar la comentada incidencia, razón por la que corresponde atender esta tarea sobre la base de criterios de equidad.

Acerca de este específico asunto ha dejado sentado la jurisprudencia que “[c]on referencia específica al invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por supuesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, **además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas.** De ahí que, atendiendo expreso mandato constitucional (art. 230 de la C. P.) y “en guarda del espíritu de equidad que ha de atemperar siempre la aplicación judicial del derecho”, al juez no le esté permitido pasar por alto que “el daño en cuestión, aunque futuro, ha de ser resarcido en tanto se muestra como la prolongación evidente y directa de un estado de cosas” que, además de existir al momento de producirse la muerte accidental del causante, “es susceptible de evaluación en una medida tal que la indemnización no sea ocasión de injustificada ganancia para quienes van a recibirla y comprenda por lo tanto, sin caer desde luego en el prurito exagerado de exigir exactitud matemática rigurosa en la evidencia disponible para hacer la respectiva estimación, el valor aproximado del perjuicio sufrido ... ni más ni menos”. (sent. de 7 de octubre de 1999, exp. 5002)³³ (se resalta).

Al punto, debe partirse por decir que con ocasión del acto de competencia desleal que se han configurado (cláusula general) se produjo un daño a la parte demandante que, en este caso, se circunscribió a la pérdida de oportunidad que hubiese podido obtener la reconviente de no haber mediado la conducta declarada.

Por lo tanto, aplicando el bagaje jurisprudencial citado, es imprescindible acudir a la equidad a fin de calcular los perjuicios que se le pudieron ocasionar a la parte demandante, herramienta jurídica contemplada en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, que determina que “[d]entro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará criterios técnicos actuariales”, aspecto que encuentra un fundamento adicional en el numeral 1º del artículo 38 del C. de P. C., según el cual el juez cuenta con poderes de ordenación e instrucción para “resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo autorizan, o la ley lo autoriza” (subrayado fuera del texto), autorización legal que se encuentra en aquella normativa.

33 CSJ, Sala de Casación Civil, M.P: Pedro Octavio Munar Cadena, sentencia de 5 de octubre de 2004, exp.6975.

Sentencia N° 5137 de 2012

Por lo anterior, la suma que se reconocerá a la parte demandante para resarcir los perjuicios por concepto de pérdida de oportunidad será al equivalente al 20% del valor que conforme a las conclusiones generales establecidas por el perito corresponde a la diferencia derivada entre el valor proyectado de Nuevos Recursos con base en su comportamiento hasta el año 2007 y el flujo real obtenido en el año 2008 actualizado a 2011, esto es, la suma de 1.344.280.000, razón por la cual la indemnización a la que se condenará solidariamente a la parte demandada en reconvención equivale a la suma de \$268'856.000, de conformidad con lo normado en el artículo 2344 del Código Civil. El pago deberá llevarse a cabo dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y, en caso de incumplimiento, la parte contrademandada deberá reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.

No se concederá indemnización alguna por concepto de perjuicios morales porque, mientras que Nuevos Recursos, en su condición de persona jurídica, no es susceptible de padecer ese tipo de daño, en cuanto a los señores Juan Manuel Fresen y Beatriz Solano Tovar ninguna prueba se aportó que permita tener por acreditada la existencia de esa específica modalidad de perjuicio (art. 177, C. de P. C.).

2.7. Agencias en derecho.

En cumplimiento a lo previsto en los artículos 392 y 393, Núm. 2° (modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010) del Código de Procedimiento Civil, este Despacho fijará las agencias en derecho correspondientes a la primera instancia del proceso a cargo de la parte demandante (demandada en reconvención), para lo cual se tendrán en cuenta los lineamientos previstos en el artículo 393 numeral 3° del Código de Procedimiento Civil, 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 la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. **Declarar** que Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco, Gladys Cañadulce Avendaño e Industrial Technologies S.A. incurrieron en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7° la Ley 256 de 1996 (violación de la cláusula general).
2. En consecuencia, **condenar a Industrial Technologies S.A., Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco y Gladys Cañadulce Avendaño** a pagar solidariamente a la parte demandante, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de \$268'856.000. Pasado ese término, los referidos demandados en reconvención deberán reconocer intereses de mora a la parte demandante a la tasa del 6% efectivo anual.
3. **Desestimar** las demás pretensiones formuladas por las partes, tanto las incluidas en la demanda principal, como las restantes de la demanda de reconvención, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
4. **Declarar** la falta de legitimación por pasiva de Promotores Financieros Ltda. y la ausencia de verificación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 256 de 1996 respecto de Juan Sebastián y María Paula Rodríguez Cañadulce.

Sentencia N° 5137 de 2012

5. **Condenar** en costas a la parte demandante. Para el efecto se fija por concepto de **Agencias en derecho**, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes³⁴ que ascienden a ocho millones quinientos mil quinientos pesos (\$8.500.500) a cargo del extremo demandante (demandado en reconvención). Secretaría proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ

Sentencia para cuaderno 12.

³⁴ El SMLMV se estableció para el año 2012 en la suma de \$566.700.