



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

DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá D.C., Veintisiete (27) de febrero de 2012

Sentencia No. 615

Expediente: 09036804
INFORMÁTICA & TECNOLOGÍA S.A. Vs.
INDRA SISTEMAS S.A. e INDRA COLOMBIA LTDA.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Informática & Tecnología S.A. (en adelante: Informática & Tecnología) contra Indra Sistemas S.A. (en adelante: Indra Sistemas) e Indra Colombia Ltda. (en adelante: Indra Colombia) para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1. Partes:

Demandante: Informática & Tecnología se dedica a la prestación del servicio de consultoría para el desarrollo tecnológico de las empresas, en virtud del cual podrá prestar servicios de dirección, coordinación, control y ejecución de proyectos de tecnología de la información.

Demandados: Indra Colombia tiene como objeto social el diseño, desarrollo, producción integración, comercialización, operación, instalación, adaptación y mantenimiento de sistemas, así como la prestación del servicio de consultoría de negocio y gestión, consultoría tecnológica y formación, entre otros.

Por su parte, Indra Sistemas presta servicios profesionales de consultoría tecnológica y formación destinada a cualquier campo o sector y de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal es socio mayoritario de la sociedad Indra Colombia y tiene registrada una situación de control sobre la misma.

1.2 Los hechos de la demanda:

Informática & Tecnología afirmó que se dedica a la prestación de servicios de consultoría para el desarrollo tecnológico de las empresas y en virtud de este objeto social ejecutó contratos con la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A. durante 12 años¹.

Según la accionante, Indra Colombia, la cual se encuentra sometida a una situación de control con la sociedad Indra Sistemas, ingresó al país en el mes de mayo de 2007 ofreciendo sus servicios a un costo significativamente menor en referencia al precio con el que venía prestando los mismos servicios la demandante y las demás empresas colombianas, situación que le permitió a Indra Colombia ser adjudicataria del contrato de *“Desarrollo de Software y Soporte Tecnológico”* con la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A. en el año 2008.

¹ A partir del 28 de octubre de 2004 Bellsouth Colombia S.A. dejó de pertenecer y de estar afiliada a Bellsouth Corporación. Telefónica Móviles es en la actualidad titular de Bellsouth Colombia S.A. con la cual la demandante sostuvo relaciones contractuales (fl. 29, cdno. 3).

Señaló que para el desarrollo del contrato en mención “el Grupo Indra” subcontrató a Informática & Tecnología por el valor que esta sociedad había ofrecido en su propuesta económica para la ejecución del contrato con Telefónica Móviles Colombia S.A. –mayor que el ofrecido por la demandada- debido a que la pasiva no contaba con los profesionales idóneos para el cumplimiento de sus obligaciones.

Adicionalmente, adujo que la sociedad demandada, mediante el ofrecimiento de mejores beneficios económicos a algunos trabajadores de la accionante, quienes eran considerados elementos fundamentales para la ejecución de su actividad profesional, logró la terminación de la relación contractual que mantenían con la actora ocasionando la desorganización interna de la empresa, aprovechando la experiencia y formación de sus profesionales en el área.

Finalmente, Informática & Tecnología consideró que “el Grupo Indra”, debido a su gran poder económico y respaldo internacional, manejó de forma dolosa el mercado, prestando servicios a Telefónica Móviles Colombia S.A. a la mitad del precio empleado por la demandante, configurando en su sentir actos de competencia desleal.

1.3. Pretensiones:

Informática & Tecnología, en ejercicio de la acción declarativa y de condena prevista en el numeral 1º del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, solicitó que se declarara que Indra Sistemas e Indra Colombia incurrieron en los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7º (cláusula general), 8º (desviación de clientela), 9º (desorganización) 17 (inducción a la ruptura contractual) y 18 (violación de normas) de la mencionada Ley. Consecuencialmente, solicitó que se condenara a las sociedades demandadas a pagar los perjuicios ocasionados por concepto de daño emergente, el cual corresponde a trescientos noventa y un millones sesenta y ocho mil ciento ochenta y dos pesos (\$391'068.182) y lucro cesante, que corresponde al valor de doscientos millones de pesos (\$200'000.000) o a lo probado dentro del proceso.

1.4. Trámite procesal:

Admitida la demanda mediante auto No. 505 de 29 de abril de 2009 (fl. 33, cdno. 1) y surtida en debida forma la notificación del auto admisorio de la misma, fue contestada por las demandadas así:

1.4.1. Indra Sistemas (fls. 57 a 72, cdno. 1):

Se opuso a las pretensiones manifestando que pese a tener una participación mayoritaria en el capital social de la sociedad Indra Colombia y aunque se encuentra registrada una situación de control entre ellas, son personas jurídicas distintas, que *“tienen capital, patrimonio, activos y pasivos propios y que, por lo tanto, ejercen actividades de manera independiente”*. Adicionalmente adujo que *“la existencia de esa situación de control no tiene incidencia alguna desde el punto de vista de participación en el mercado objetivo de dichas compañías”*, a lo que agregó que no ha celebrado contrato alguno con Telefónica Móviles Colombia S.A.

1.4.2. Indra Colombia (fls. 1 a 27, cdno. 2):

Se opuso a las pretensiones manifestando que la participación efectuada por esta sociedad en la invitación realizada por Telefónica Móviles Colombia S.A. para la adjudicación del contrato “*Desarrollo Aplicativos Satélites*” se produjo en igualdad de condiciones con los demás oferentes y dentro de condiciones económicas acordes con el objeto contratado. Indicó que “*los esquemas de contratación que tuvo Telefónica Móviles Colombia S.A. con Informática & Tecnología, de una parte, y con Indra Colombia, de otra parte más allá de algunas semejanzas en cuanto a algunos servicios a prestar, son totalmente diferentes tanto en cobertura de la actividad, como en personal requerido y esquemas de remuneración. Por lo tanto no es posible comparar los precios que ofreció la actora en un contrato diferente al adjudicado a Indra Colombia*”.

Señaló que contrató algunos servicios de la demandante por petición de Telefónica Móviles Colombia S.A. para la etapa de transición en la prestación de servicios, que tuvo una duración de 2 meses aproximadamente y tenía como objeto principal “*hacer un empalme*” entre el servicio que venía prestando Informática & Tecnología y el que prestaría esta sociedad. Sostuvo además que los trabajadores de la accionante renunciaron voluntariamente a la misma y buscaron ser vinculados a Indra Colombia dado que Informática & Tecnología no les había ofrecido posibilidades de vincularse a otros proyectos.

1.5. Actuación procesal:

El Despacho, mediante auto No. 1155 de 12 de agosto de 2009, citó a las partes para la audiencia de que trata del artículo 101 del C. de P. C. (fls. 40 a 52, cdno. 2), en la cual no se logró un acuerdo que terminara el litigio. Con el auto No. 1608 de 9 de octubre de 2009 se decretaron las pruebas del proceso y, una vez practicadas, mediante el auto No. 1919 de 25 de mayo de 2011 (fl. 36, cdno. 9) se corrió traslado a las partes para alegar de conformidad con el artículo 414 del C. de P. C., oportunidad en la que las sociedades demandadas reiteraron sus escritos de postulación.

2. CONSIDERACIONES

Agotadas las etapas procesales y dado que no se presentan nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

2.1 Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996

En el presente asunto el ámbito objetivo de aplicación de la ley de competencia desleal se encuentra acreditado, en tanto que el ofrecimiento de precios significativa y artificialmente bajos en relación con los ofrecidos en el mercado por un competidor con la finalidad obtener la adjudicación de un contrato, seguido de la subcontratación del competidor para la ejecución del contrato señalado en aras de adquirir su experiencia y vincular a sus trabajadores, quienes tienen un conocimiento especializado, resultan idóneos para incrementar la participación en el mercado de quien los ejecuta.

Respecto del ámbito subjetivo, basta indicar que, según se explicó, las partes de este proceso participan en el mercado de la prestación de servicios de consultoría de tecnologías. Finalmente, el ámbito territorial también se encuentra superado, toda vez que las conductas denunciadas estaban llamadas a producir efectos en Colombia.

2.2. Legitimación:

2.2.1. Legitimación por activa

El artículo 21 de la Ley 256 de 1996 establece que *"...cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley"*.

Partiendo de la participación en el mercado de Informática & Tecnología es evidente que el ofrecimiento de servicios o productos a un precio considerable y artificialmente inferior al ofrecido por esta sociedad y su posterior subcontratación por parte de la pasiva para desarrollar el contrato que aquella venía ejecutando durante 12 años, aunado a la vinculación de varios trabajadores de la actora que son considerados fundamentales en la realización de la actividad de la empresa a la que estaban vinculados, pueden llegar a constituir actos idóneos para perjudicar o amenazar los intereses económicos de Informática & Tecnología.

2.2.2. Legitimación por pasiva

Según el artículo 22 de la ley de 256 de 1996 está légitimado por pasiva *"cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal"*, esto es, quien, mediante su acción u omisión haya intervenido en el desencadenamiento actual o potencial del acto desleal. Bajo la anterior premisa normativa, para efectos de abordar la legitimación de cada uno de los integrantes del extremo es menester realizar algunas precisiones, para concluir que la sociedad Indra Sistemas no se encuentra legitimada para soportar la acción de competencia desleal de la referencia.

En primer lugar, conviene reiterar que de conformidad con la legislación mercantil (art. 98 C.Co) las sociedades que ejercen control o son controladas, son consideradas personas jurídicas distintas y separadas y, por lo tanto, poseen cada una objeto social, órganos de administración y patrimonios propios. Bajo esta premisa, cumple resaltar que la ley sólo hace referencia expresa a un caso de responsabilidad en relación con el control que ejerce la matriz sobre la subordinada o la filial, contemplado en el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, que dispone: *"cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente"*.

En este sentido, la matriz o controlante no podrá responder directamente por las actuaciones efectuadas por su subordinada o filial en tanto que su responsabilidad está condicionada, de conformidad con el artículo 22 de la ley 256 de 1996, a que se demuestre el supuesto de hecho allí contenido, esto es, que la conducta de la controlante haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal, situación que en el presente asunto no aconteció, puesto que no se aportó elemento de prueba alguno que permita tener por acreditado que la sociedad Indra Sistemas haya intervenido en la adjudicación y ejecución del contrato C- 1052-08 o inducido de alguna manera a la ruptura de la relación

contractual que alega la demandante. Por lo anterior, la sociedad Indra Sistemas no se encuentra legitimada en el presente caso.

De otro lado, Indra Colombia está legitimada para soportar la acción de competencia desleal de la referencia en tanto que está acreditado que celebró un contrato con la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A. por un valor inferior al ofrecido por la demandante, que subcontrató con la actora para la ejecución de ese contrato y que, además, vinculó a varios de los empleados de Informática & Tecnología para el desarrollo de ese contrato, aspectos esenciales dentro del contexto de la acusación.

2.3. Problema jurídico:

El objeto del presente asunto se concreta en determinar si, dadas las particulares condiciones del caso, el ofrecimiento de una propuesta económica para la prestación de un servicio por debajo de los precios normales a los ofrecidos por un competidor en el mercado con el fin de obtener la adjudicación de un contrato, así como la subcontratación del competidor para la ejecución del contrato adjudicado en aras de obtener la experiencia de éste y la posterior vinculación de sus ex trabajadores que tienen conocimientos específicos en relación con el objeto del referido acuerdo de voluntades, todo ello aunado al incremento posterior del valor del contrato correspondiente respecto de las condiciones de las ofertas iniciales, constituyen los actos de competencia desleal alegados.

2.4. Hechos Probados relevantes para el caso:

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

2.4.1. De conformidad con el documento visible a folios 11 a 13 del cuaderno No. 1 y con lo reconocido por la demandada al absolver su interrogatorio de parte (fls. 40 a 52, cdno. 2, pregunta No. 3 y 4), se encuentra demostrado que la sociedad Indra Sistemas S.A., domiciliada en España, desarrolla actividades permanentes en Colombia mediante la sociedad Indra Sistemas S.A. Sucursal Colombia y, por lo tanto, para efectos jurídicos son consideradas una misma sociedad.

2.4.2. Con base en el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad Indra Colombia (fls. 40 a 52, cdno. 2, pregunta No. 1) y con el documento obrante a folios 5 a 10 del cuaderno No. 1, se encuentra acreditado que para el año 2009 por escritura pública suscrita en debida forma la sociedad Indra Colombia Ltda. (antes denominada Soluziona Ltda.), absorbió a la sociedad Azertia Tecnologías de la Información Colombiana Ltda.

2.4.3. Acorde con la documental que reposa a folios 5 a 10 del cuaderno No. 1, se encuentra probado que la sociedad Indra Sistemas es socio mayoritario de Indra Colombia y se encuentra registrada una situación de control por parte de la primera.

2.4.4. También se constató de los documentos visibles a folios 74 y 75 del cuaderno No. 4, aportados durante la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos realizada en la demandada Indra Colombia (fls. 128 a 130, cdno. 7), que el día 9 de junio de 2009 Telefónica Móviles Colombia S.A. presentó la oferta No. 5974 con el objeto de ejecutar el proyecto "Desarrollo Aplicativo Satélites".

2.4.5. La sociedad Indra Colombia presentó la propuesta técnica V 1.0 para la ejecución del proyecto “Desarrollo Aplicativo Satélites”, mediante la cual ofreció la prestación de 3240 jornadas por un valor total de mil cuatrocientos sesenta y siete millones seiscientos noventa y siete mil quinientos cincuenta y ocho pesos (\$1.467.697.558), circunstancia que se encuentra acreditada con el documento visible a folios 85 a 170 del cuaderno No. 1.

2.4.6. Mediante carta de fecha 16 de julio de 2008 suscrita por la Directora de Compras Móviles de la entidad contratante, se le informó a Azertia Tecnologías de la Información Colombiana Ltda. la adjudicación del proyecto de la referencia. Lo anterior se acreditó con el documento obrante a folio 140 del cuaderno No. 7 y con los elementos probatorios indicados en el numeral 2.4.4.

2.4.7 De igual forma se encuentra probado que el día 11 de agosto de 2008 la sociedad Azertia Tecnologías de la Información Ltda. celebró el contrato de suministro de servicios No. C- 1052-08 con la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A., con el objeto de suministrar los servicios de “Desarrollo Aplicativo Satélites” durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2008 y el 15 de octubre de la misma anualidad por un valor unitario de \$200.000 sin incluir IVA. Este hecho se corrobora con los documentos obrantes a folios 21 a 43 del cuaderno No. 4, aportados por la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A. durante la diligencia de exhibición de documentos que tuvo lugar el día 4 de marzo de 2010 (fls. 62 y 63, cdno. 4).

Aunque se probó que Indra Colombia ofreció un precio menor en referencia al precio ofrecido por la demandante, no se acreditó que ese precio fuera significativamente inferior al promedio del mercado, pues la demandante, quien tenía la carga de la prueba (art. 177, C.P.C.), no demostró cuál era ese promedio, ni que, de hecho, su precio no fuera muy elevado en este contexto.

2.4.8. De conformidad con lo establecido en la contestación de la demanda de Indra Colombia (fls.1 a 27, numerales 6 y 7, cdno. 2) y con lo reconocido por el representante legal de esa sociedad al absolver su interrogatorio de parte (fls. 40 a 52, cdno. 2, pregunta No. 8 y 9), el contrato C-1052-08 fue ejecutado a través jornadas de desarrollo, que son unidades de trabajo mediante las cuales Indra Colombia avaluaba los servicios que le prestaba a la contratante y que consistía, básicamente, en que Telefónica Móviles Colombia S.A. le presentaba a Indra Colombia un requerimiento de acuerdo con lo pactado en el contrato para que, posteriormente, ésta efectuara la correspondiente valoración técnica respecto de ese requerimiento y a partir de ello presentaba un costo en jornadas.

Circunstancia que adicionalmente se corrobora con las declaraciones del señor Jorge Hernán Mateus Fernández, Gerente de Cuentas de Indra Colombia (fl.108, cdno. 2, minuto 5:51), quien manifestó para tales efectos que *“en Telefónica tenemos contratado una bolsa de jornadas y a medida que nos pasan requerimientos nosotros vamos evaluando ese requerimiento y le contestamos a Telefónica cuánto vale en jornadas y en tiempo ese requerimiento y una vez aceptado por ellos lo desarrollamos”*

2.4.9. Durante los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2008, la sociedad Azertia Tecnologías de la Información Colombiana Ltda. expidió facturas a Telefónica Móviles Colombia S.A. por concepto del servicio de “Desarrollo Aplicativo Satélites” objeto del contrato C-1052-08, aspecto fáctico que se encuentra corroborado con los documentos visibles a folios 65 a 88 del cuaderno No. 6.

Sobre el particular, cumple resaltar que aunque la demandante alegó que la ejecución del contrato entre Telefónica Móviles Colombia S.A. e Indra Colombia sobrepasó el término establecido en el mismo, no probó que de haber existido, esa ampliación del plazo hubiese sido injustificada o irregular; por el contrario, se corroboró con el dictamen pericial (fls. 15 a 18, cdno. 9 "*Aclaraciones a la Experticia*") que algunas facturas de costos de materiales, servicios u otros conceptos fueron presentadas por el proveedor para el cobro a fin de mes o en el mes siguiente de la prestación del servicio, las cuales eran canceladas una vez se aceptara por parte de la entidad contratante la respectiva prestación, razón por la cual existía facturación en la contabilidad de la demandada con posterioridad al 15 de octubre de 2008.

2.4.10. Se encuentra acreditado con base en los documentos visibles a folios 5 a 185 del cuaderno No. 3, que la demandante y Telefónica Móviles Colombia S.A. celebraron contratos durante los periodos comprendidos entre los años 2004 a 2009, que tenían como objeto el suministro de servicios por parte de Informática & Tecnología, muchos de los cuales fueron adicionados por medio de otrosí.

2.4.11. Al absolver su interrogatorio de parte, el representante legal de la sociedad demandante reconoció que el contrato No. 836-08 -al que se hace referencia en la demanda- suscrito entre la sociedad demandante y Telefónica Móviles Colombia S.A., terminó debido a que se llegó a su fecha de culminación de conformidad con lo pactado (fls. 40 a 52, cdno. 2, pregunta No. 1).

2.4.12. Según lo manifestado por el representante legal de la sociedad demandante para el momento de ocurrencia de los hechos que sustentan la demanda, Informática & Tecnología mantuvo contratos vigentes con otras compañías de telefonía tales como Telmex Colombia y EPM Bogotá (fls. 40 a 52, cdno. 2, pregunta No. 7 y 8).

2.4.13. La prestación de servicios por parte de la sociedad Informática & Tecnología a Indra Colombia para cubrir necesidades de Telefónica Móviles Colombia S.A. en las áreas de desarrollo en las cuales la demandante venía prestando el servicio directamente, se efectuó a través de órdenes de compra para servicios específicos. Lo anterior obedeció a una solicitud por parte de Telefónica Móviles Colombia S.A., consistente en que la sociedad demandante e Indra Colombia acordaran hacer un proceso de transición de tal manera que sus procesos de negocios y el desarrollo de sus aplicativos no se vieran afectados.

Lo recién anotado se constató con el interrogatorio de parte de la sociedad demandante (fls. 40 a 52, cdno. 2, pregunta No. 18) y de la sociedad demandada Indra Colombia (fls. 40 a 52, cdno. 2, pregunta No. 13 y 14), con la declaración de Jorge Hernán Mateus Fernández, Gerente de Cuentas de Indra Colombia (fls.108, cdno. 2, minuto 23:30) y en los documentos que se relacionan en los folios 207 a 220 del cuaderno 3, consistentes en órdenes de compra y/o servicios expedidas a favor de Informática & Tecnología que corresponden a los meses de julio a diciembre del 2008.

2.4.14. De conformidad con los testimonios de Jorge Hernán Mateus Fernández, Gerente de Cuentas de Indra Colombia (fl.108, cdno. 2, minuto 5:10) y de Alex Frezik (fl. 2, cdno. 4, minuto 4:35), que resultan del todo conformes con el documento visible a folio 216 del cuaderno No. 3, para la época de celebración del contrato entre Indra Colombia y Telefónica Móviles Colombia S.A., los señores Alex Frezik, Johana Marcela García, Gloria Amparo Herrera, Iván Felipe Jiménez, Víctor Hugo Ospina y Yasmid Sánchez Mendoza se

encontraban vinculados a Informática & Tecnología y prestaron los servicios de tecnología a Indra Colombia para la ejecución del contrato mencionado.

2.4.15. Durante el período comprendido entre los meses de septiembre a diciembre del año 2008, los señores Alex Frezik, Johana Marcela García, Gloria Amparo Herrera, Iván Felipe Jiménez, Víctor Hugo Ospina y Yasmid Sánchez Mendoza, fueron desvinculados como trabajadores de la demandante como consecuencia de las renunciaciones presentadas por los mismos (fls. 186 a 206, cdno. 3). Esta situación estuvo motivada principalmente por la incertidumbre laboral que se produjo como consecuencia de la terminación de la relación contractual entre la actora y Telefónica Móviles Colombia S.A., como lo manifestaron Iván Felipe Jiménez (fl. 102, cdno. 2, minuto 8:28) y Alex Frezik (fl. 2, cdno. 4, minuto 7:52) en sus declaraciones testimoniales.

2.4.16. Según las declaraciones del señor Jorge Hernán Mateus Fernández, Gerente de Cuentas de Indra Colombia (fl.108, cdno. 2, minuto 5:10 y 29:10) y de Alex Frezik (fl. 2, cdno. 4, minuto 8:46), Johana Marcela García, Gloria Amparo Herrera, Iván Felipe Jiménez, Alex Frezik, Víctor Hugo Ospina y Yasmid Sánchez Mendoza se contactaron con el señor Mateus Fernández para ofrecerles sus servicios a efectos trabajar con Indra Colombia y desarrollar sus labores de ingeniería, circunstancia que estuvo motivada principalmente por la adjudicación del contrato de “Desarrollo Aplicativo Satélites” a la sociedad demandada.

2.4.17. De acuerdo con los documentos visibles a folios 82 a 154 del cuaderno 5 del expediente, está demostrado que desde el mes de septiembre de 2008 los señores Alex Frezik, Johana Marcela García, Gloria Amparo Herrera, Iván Felipe Jiménez y Víctor Hugo Ospina se encuentran vinculados a Indra Colombia como ingenieros de desarrollo mediante contrato de trabajo a término indefinido y con un sueldo básico. Desde el mes de diciembre del mismo año se vinculó a la demandada la señora Yasmid Sánchez Mendoza en las condiciones mencionadas (fls. 123 a 133, cdno. 4).

2.4.18. Según las declaraciones testimoniales de Alex Frezik, ex trabajador de la demandante (fl. 2, cdno. 4, minuto 7:00), antes del mes del septiembre de 2008 el número de técnicos de sistema vinculados a la sociedad Informática & Tecnología para la ejecución de los contratos que tenía con Telefónica Móviles Colombia S.A., era aproximadamente 12.

2.4.19. Con base en el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad demandante (fls. 40 a 52, cdno. 2, pregunta No. 11 y 12), el número de ingenieros de desarrollo vinculados a dicha sociedad para el momento de terminación del contrato con Telefónica Móviles Colombia S.A., era de 35 a 40 aproximadamente y actualmente asciende alrededor de 140 a 145 ingenieros de desarrollo.

2.5. Objeción al dictamen pericial.

Para sustentar la objeción por error grave al dictamen pericial rendido, la parte demandante manifestó que *“el perito no hace observaciones en relación a la falta de concordancia entre las jornadas facturadas por la demandada y las jornadas supuestamente ejecutadas dentro del contrato, en donde el perito relaciona la ejecución de un total de 2920 jornadas, las cuales, teóricamente tendrían un costo de quinientos ochenta y cuatro millones de pesos (\$584.000.000), considerando que según la oferta presentada por la demandada el costo unitario de cada una de ellas era, para la época, de doscientos mil pesos (\$200.000)”*, conclusión que no coincide con las facturas

presentadas, puesto que la suma facturada ascendió a setecientos cincuenta y dos millones docientos cinco mil novecientos tres pesos (\$752.205.903), equivalente a 3761 jornadas sobre la base del valor unitario ya señalado.

A propósito de la objeción por error grave, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil², reiterando doctrina precedente (CCXXV, segunda parte, p. 455), ha establecido que *“(...) los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos’ (G. J. Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven”*.

Así pues, revisados los motivos en los que el objetante sustenta su reclamo, es imperioso concluir que la referida objeción no prosperará, en tanto que va dirigida fundamentalmente a poner en tela de juicio la confiabilidad del dictamen mismo y, específicamente, las conclusiones a las que llegó el perito respecto del número de jornadas facturadas y el tiempo de duración del contrato, situación que no comporta que el dictamen tenga bases equivocadas o que el perito haya cambiado las cualidades propias del objeto examinado, ni sus atributos, por otras que no tiene, de tal manera que sus errores sean de la magnitud advertida.

Con todo, si en gracia de la discusión se admitiera que no existe concordancia entre las jornadas facturadas y las jornadas consignadas en la experticia, y eventualmente se corroborara que el número de jornadas efectuadas exceden al número de jornadas pactadas en el contrato C-1052-08, implicando un incremento en el costo del mismo o, incluso, si se acreditara que durante los meses de noviembre y de diciembre de 2008 se prestó un servicio adicional que no estaba pactado en el referido contrato, las conductas alegadas tampoco se tendrían por configuradas.

Lo anterior por cuanto la demandante debió acreditar, adicionalmente, que el incremento de esas jornadas o la ampliación del plazo del contrato fue producto de una conducta injustificada y desleal de la demandada, de tal manera que el costo del contrato haya sido de tal magnitud que se equiparó al valor ofrecido por la demandante en el proceso de selección iniciado por Telefónica Móviles Colombia S.A.

Y, además, resultaba necesario que se acreditara que dicho aumento no obedeció a motivos objetivos y razonables como, por ejemplo, a la intermediación que tuvo que asumir Indra Colombia con Informática & Tecnología para el empalme que había solicitado la contratante en aras de no afectar la continuidad del servicio (num. 2.1.12) o a la modificación o prorróga del contrato.

Así las cosas, aunque la referida extensión de jornadas hubiese acontecido, tal circunstancia, por sí misma, no puede ser considerada desleal, puesto que además debió estar acompañada de los elementos adicionales expuestos anteriormente, circunstancia que tampoco se acreditó.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto de 8 de septiembre de 1993, CCXXV, segunda parte, p. 455.

2.6. Análisis de la deslealtad de los- actos ejecutados por la parte demandada:**2.6.1. Violación de Normas (art. 18º de la Ley 256 de 1996).**

Conforme al artículo 18 de la Ley 256 de 1996, se considera desleal *“la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica”*. La ventaja ha de ser *“significativa”*. 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; (ii) la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva como consecuencia de la anotada vulneración, y (iii) que esta resulte significativa.

En el presente caso, Informática & Tecnología estimó como violado el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992³, es decir, indicó la disposición que en su sentir se encuentra infringida con la conducta de Indra Colombia. Sin embargo, partiendo de las anteriores premisas, en este asunto impera denegar la declaración del acto desleal previsto en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 porque la demandante no concretó la razón por la cual la conducta de la demandada resultaría violatoria de la libre competencia.

Adicionalmente, no existen elementos de juicio que permitan concluir que la conducta de la demandada constituyó los actos anticompetitivos contemplados en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 en primer lugar, porque dentro del *petitum* no se avizora la infracción de norma alguna sobre publicidad y, en segundo lugar, porque de las pruebas recaudadas no se puede inferir que el comportamiento de la pasiva estaba dirigido a influenciar a otra empresa para que incrementara los precios de sus productos y servicios o que comportó una negativa a prestar un servicio, como quiera que su conducta precisamente supuso el ofrecimiento de servicios y su posterior prestación en virtud de la celebración de un contrato.

Tampoco se puede tener por cierto que su realización estuvo motivada por algún tipo de acuerdo, dado que no existe ningún elemento de juicio que permita concluir que existió un pacto de los contemplados en el artículo 47 del Decreto en mención, de modo que no podría hablarse de la configuración de un acuerdo anticompetitivo. Aunado a ello, tampoco demostró que la demandada tuviera una posición de dominio en el mercado que le permitiera abusar de la misma de tal forma que su conducta se enmarcara dentro de los presupuestos establecidos en el artículo 50 del Decreto 2153 del 1992.

Finalmente, es obvio que en este caso no se discute una integración empresarial llevada a cabo contrariando las disposiciones contenidas en el artículo 51 de la ley 1340 de 2009, puesto que no se advierte casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas. En consecuencia, se denegarán las pretensiones fundadas en el acto de violación de normas.

3 Artículo 46. *“En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presentes Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito. Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”*.

2.6.2. Acto de inducción a la ruptura contractual (art. 17, de la ley 256 de 1996).

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*"⁴.

Partiendo de la anterior consideración de carácter teórico, es evidente que en este asunto las sociedades mercantiles demandadas no irrumpieron en la relación laboral que existía entre la demandante y sus empleados de tal manera que motivaran la renuncia de esas personas. En efecto, el retiro previo de los ex empleados de la actora, Alex Frezik, Johana Marcela García, Gloria Amparo Herrera, Iván Felipe Jiménez, Víctor Hugo Ospina y Yasmid Sánchez Mendoza, obedeció a la iniciativa propia de cada uno de los trabajadores, quienes contactaron directamente al Gerente de Cuentas de Indra Colombia para ofrecer sus servicios como ingenieros debido a la incertidumbre laboral que existía como consecuencia de la terminación del contrato existente entre Informática & Tecnología y Telefónica Móviles Colombia S.A. (nums. 2.1.14. y 2.1.15.).

De igual manera, es preciso resaltar que la demandante no demostró que las demandadas contrataron a las personas mencionadas con la intención de eliminar a Informática & Tecnología del mercado de la prestación de servicios tecnológicos.

De otro lado, frente a la terminación de la relación contractual entre Telefónica Móviles Colombia S.A. e Informática & Tecnología, es necesario reiterar que, como ya se explicó con antelación, fue resultado del vencimiento del plazo del contrato -como fue reconocido por el representante legal de la sociedad demandante al absolver su interrogatorio de parte- de tal suerte que no puede imputarse la configuración de esta conducta desleal a la demandada como consecuencia de la adjudicación del contrato C-1052-08, razones suficientes para descartar el acto desleal en estudio.

2.6.3. Actos de desorganización, de desviación de la clientela y prohibición general (arts. 7º, 8º y 9º, L. 256/96):

Para efectos de analizar las conductas mencionadas, es necesario precisar que el ofrecimiento de precios inferiores a los empelados por un competidor en el mercado dentro de un proceso de selección para la contratación de servicios de consultoría, por sí mismo, no puede ser considerado desleal, pues ese carácter únicamente podrá atribuírsele en los eventos en que la conducta en cuestión esté signada por elementos adicionales que puedan conferirle dicha connotación, esto es, por la realización de actos contrarios a los parámetros normativos contemplados en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996 o constitutivos de cualquiera de las conductas desleales específicamente tipificadas en la citada Ley.

⁴ 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.

Así pues, es menester que la parte activa que pretende la declaración de este acto desleal cumpla con la carga probatoria de los supuestos fácticos que sustentan la demanda, en torno, no sólo a la presentación de una oferta económica por debajo de los precios normales del mercado, sino también aquellos eventos particulares que lo rodean, tales como la adjudicación del contrato con unos valores y plazos estipulados y su posterior ampliación injustificada tanto en tiempo como en precio, de tal manera que su valor supere a la oferta económica propuesta inicialmente y se equipare a las ofrecidas en el mercado por sus competidores.

Bajo esta premisa, es necesario resaltar que la demandante no acreditó el rango de precios manejados en el mercado que acá interesa, de tal suerte que no podría afirmarse que la oferta económica de Indra Colombia para la adjudicación del contrato C-1052-08 fue artificialmente baja o que, incluso, el precio ofrecido por la actora no fuera elevado en relación con el promedio establecido en ese mercado. Al margen de lo expuesto, aunque se hubiese demostrado lo anterior, debió acreditar adicionalmente la accionante que hubo una **ampliación injustificada** del contrato referido y su carácter desleal, esto es, que la oferta propuesta fue menor con la finalidad de sacar a sus competidores del proceso de selección para así obtener la adjudicación del contrato y, luego, acreditar unos costos mayores, situación que ciertamente no aconteció, como se explicó con antelación.

Aclarado lo anterior, ninguna connotación desleal puede encontrarse en la actuación de Indra Colombia, que contrató con Telefónica Móviles Colombia S.A. para el suministro de “Desarrollo Aplicativo Satélites” y que fue escogida bajo criterios objetivos y razonables, como lo es el factor precio, considerado determinante para la escogencia de un contratista dentro de un proceso de selección, debiéndose agregar que su participación se efectuó en condiciones de igualdad con los demás competidores.

Ahora bien, los lineamientos precedentes devienen importantes para respaldar también la ausencia de los actos contemplados en el artículo 9º de la ley 256 de 1996, puesto que Informática & Tecnología no demostró, como era de su incumbencia (art. 177, C. de P. C.), que la conducta de Indra Colombia, consistente en la contratación de 6 de sus ingenieros de desarrollo que tenían un conocimiento especializado en la materia, hubiera perjudicado el funcionamiento interno de la misma, imposibilitándola para continuar con esa actividad mercantil, aspectos fácticos que, obviamente, no pueden darse por ciertos acudiendo a las meras afirmaciones de la actora, que no hacen prueba a su favor.

En todo caso, nótese que el número de ingenieros de sistemas vinculados a la sociedad Informática & Tecnología en la época de los hechos era 30 a 40 aproximadamente y, adicionalmente, que la actora siguió ejecutando contratos de suministro de servicios con Telefónica Móviles Colombia S.A., por lo que resulta inverosímil que el retiro de 6 empleados hubiese originado en cualquier grado la desorganización alegada.

2.7. Conclusión:

Finalmente, sin extenderse en más consideraciones, se tiene que la demandante no probó en debida forma, como era su deber, que las conductas realizadas por la pasiva configuran actos contrarios a los artículos invocados de la ley 256 de 1996, de tal forma que el ofrecimiento de precios por debajo de los ofrecidos por la demandante hubiese comportado de alguna manera un comportamiento desleal, razón por la cual serán desestimadas las pretensiones de la demanda en su totalidad.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Denegar las pretensiones elevadas en la demanda conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante al pago de las costas del proceso. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales,

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ