



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

Bogotá, D.C., Veintinueve (29) de febrero de 2012

Sentencia No. 839

Expediente No. 08068092

Demandante: GRUPO EMPRESARIAL P & P LTDA. (hoy S.A.S).

Demandado: INVERSIONES ROJAS PARADA LTDA (hoy S.A.S).

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por la sociedad Grupo Empresarial P&P Ltda. contra la sociedad Inversiones Rojas Parada Ltda. (Hoy S.A.S.), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES:

1.1. Las Partes:

Demandante: Grupo Empresarial P&P Ltda. tiene por objeto social *“la prestación de servicios de salud en todos sus campos, con énfasis en odontología y comercialización de productos odontológicos”*, actividades que desarrolla a través de los establecimientos de comercio denominados CITYDENT Clínicas Dentales de Colombia (fls. 3 al 6, cdno.1).

Demandada: Por su parte, Inversiones Rojas Parada Ltda. desarrolla su actividad comercial mediante *“la prestación de servicios de salud, en todos sus campos”*, a través de los establecimientos de comercio denominados ODONTOFAMILY (fls. 5 al 6, cdno.1).

1.2. Los hechos de la demanda:

En apoyo de sus pretensiones, la sociedad demandante adujo ser víctima de actos de competencia desleal realizados por Inversiones Rojas Parada Ltda., aquí demandada, a través de sus socios Juan Pablo Rojas Moreno y Raquel Angélica Parada Caballero, propietarios de los establecimientos de comercio identificados con el nombre comercial y la marca ODONTOFAMILY, con domicilio en la ciudad de Bogotá.

Explicó que los referidos signos distintivos, aunque son de titularidad de Juan Pablo Rojas, fueron utilizados y acreditados por el trabajo conjunto de la sociedad Inversiones Odontológicas Family Ltda., ODONTOFAMILY Ltda., conformada por los señores Ilsen Olivia Puerto Morales, Raquel Angélica Parada Caballero, Juan Pablo Rojas Moreno e Ignacio Pinto Hurtado, toda vez que dicha sociedad ejerció su actividad comercial a través de las clínicas odontológicas ODONTOFAMILY en toda la ciudad de Bogotá desde el mes de agosto 2006.

Sostuvo que, como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad Inversiones Odontológicas Family Ltda., los diez establecimientos de comercio denominados ODONTOFAMILY, propiedad de esa sociedad, fueron distribuidos entre sus socios para retribuir los aportes de capital, a lo que agregó que, entre las condiciones que rigieron la partición se estableció continuar con los pacientes que cada una de las empresas tenía, así como con los trabajadores de cada sede, dada la sustitución patronal que operaba respecto

Sentencia N° ___ de 2012

de los mismos. De igual manera las partes acordaron abstenerse de ejecutar actos desleales, dado que, por separado, continuarían en el mismo ramo de negocios.

Precisó que Ilsen Olivia Puerto Morales e Ignacio Pinto Hurtado procedieron a constituir la sociedad Grupo Empresarial P&P Ltda., aquí demandante, mientras que Raquel Angélica Parada Caballero y Juan Pablo Rojas Moreno conformaron el ente social Inversiones Rojas Parada Ltda., aquí demandado. No obstante lo anterior, manifestó que la demandada conservó la marca ODONTOFAMILY teniendo en cuenta que la misma se mantuvo bajo el nombre de Juan Pablo Rojas Moreno, quien solicitó su registro para la clase 44 y bajo el número de registro 293613, ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, destacó que Juan Pablo Rojas Moreno quedó comprometido en cederla a favor y uso de la sociedad Inversiones Odontológicas Family Ltda., obligación que no cumplió.

Narró que los señores Juan Pablo Rojas Moreno y Raquel Angélica Parada, a través de la accionada Inversiones Rojas Parada Ltda., procedieron a reubicar las clínicas odontológicas ODONTOFAMILY en lugares muy cercanos a las denominadas con el nuevo nombre CITYDENT y a ejecutar una campaña de desprestigio de estos establecimientos informando a los pacientes actuales y potenciales de la demandante que estaban siendo engañados respecto del servicios brindado en CITYDENT. Incluso, señaló la actora que dentro y fuera de su establecimiento de comercio CITYDENT ubicado en el barrio Fontibón, la demandada procedió a repartir volantes denigrantes y a abordar a los pacientes de la misma indicándoles que los profesionales que ahí atendían no estaban graduados, situación que -reiteró el demandante- se ha mantenido en el tiempo, pese a la intervención de la autoridad de policía.

En adición, manifestó que algunos pacientes de CITYDENT se trasladaron a ODONTOFAMILY por la conducta desleal de la demandada, quien además de inducirlo al terminar su relación comercial con la demandante les elaboró las cartas de retiro correspondientes, en las que incluyó como pretexto el cambio de domicilio de los pacientes, aspecto al que agregó que ODONTOFAMILY procedió a vincular un número plural de trabajadores que manejaban la base de datos de clientes en la empresa accionante, llevándose valiosa información con la que le causó perjuicios.

Manifestó la actora que en caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio llegara a considerar que las conductas realizadas por la demandada no se enmarcan dentro de ninguno de los artículos expuestos, *“deberá en todo caso concluir que las mismas son contrarias a la buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial y comercial, y por tanto sancionables en virtud de lo previsto en el artículo 7º de la ley 256 de 1996”*.

1.3. Pretensiones:

En ejercicio de la acción declarativa y de condena descrita en el numeral 1º del artículo 20 de la citada Ley 256 de 1996, la demandante solicitó declarar que Inversiones Rojas Parada Ltda., incurrió en los actos desleales previstos en los artículos 7º (*prohibición general*), 8º (*desviación de clientela*), 9º (*desorganización*), 10º (*confusión*), 11º (*engaño*), 12º (*descrédito*) y 17º (*inducción a la ruptura contractual*) de la ley de competencia desleal. Consecuencialmente, solicitó que se le ordene a la demandada abstenerse de continuar realizando las conductas desleales denunciadas, así como remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados. (fls. 77 y 78, cdno.1).

Sentencia N° ___ de 2012**1.4. Admisión y contestación de la demanda:**

Mediante auto No. 01231 de 4 de agosto de 2008 se admitió la demanda (fl. 123, cdno.1). Al contestarla, la accionada se opuso a las pretensiones alegando que el señor Juan Pablo Rojas nunca cedió a favor de Inversiones Odontológicas Family Ltda. la marca ODONTOFAMILY de su propiedad, la cual registró a su favor y en nombre propio, según resolución 353 del 19 de enero del año 2005, precisando que la constitución de la sociedad Inversiones Odontológicas Family Ltda. solo se llevó a cabo hasta el 2 de agosto de 2006, fecha posterior al registro marcario, a lo que agregó que el titular solo concedió el uso de la marca a la referida sociedad.

Aseveró que en las actas de disolución de la precitada sociedad nunca se trató el tema de la marca, que tal como consta en el acta de la reunión extraordinaria de socios, llevada a cabo el 25 de abril de 2007, no fueron diez sino siete los establecimientos inscritos en el Registro Mercantil que fueron repartidos entre los socios, de tal manera que a Ilse Olivia Puerto Morales e Ignacio Hurtado Pinto les fueron adjudicadas las clínicas ubicadas en los barrios Quirigua, Chapinero, Salitre y Chía, mientras que a Juan Pablo Rojas Moreno y Raquel Angélica Parada les fueron asignadas las clínicas ubicadas en Fontibón, Restrepo I y Restrepo II. Preciso que las clínicas ubicadas en Suba Portal, Suba Campiña, Fontibón II y la ubicada en el barrio Galerías no estaban registradas dentro de la sociedad y que los inmuebles en los que funcionaban estaban arrendados.

De las acusaciones puntuales sobre actos de competencia desleal, se defendió negando haber utilizado bases de datos de la demandante para favorecer a Inversiones Rojas Parada Ltda. De igual manera aclaró, con respecto a las historias clínicas de los pacientes de cada sede, que se respetó hasta donde el cliente quiso permanecer en la institución donde inició el tratamiento y precisó que, en ejercicio de su libertad comercial, podía reubicar o abrir clínicas donde su estudio de mercado le indicara una mejor conveniencia a su objeto social.

1.5. Trámite procesal:

Por medio del auto No. 377 de 5 de mayo de 2001 fueron citadas las partes a la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P. C. (fl. 48, cdno. 3), la cual fue celebrada el día 27 de mayo de la misma anualidad, sin que las partes llegaran a un acuerdo (fls. 50 al 52, cdno. 3).

Posteriormente, mediante auto No. 1063 de 29 de julio de 2009 se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes (fls. 96 al 101, *ib.*). Practicadas las pruebas decretadas en el proceso y vencido el término probatorio, el Despacho, mediante auto No. 1899 de 25 de mayo de 2011, corrió traslado a las partes para alegar, conforme lo dispone el artículo 414 del C. de P. C. (fl. 127, cdno. 8), oportunidad en la que solo la parte demandada presentó alegatos de conclusión insistiendo en la posición que había dejado establecida en su acto 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 (arts. 2º, 3º y 4º, L. 256/96):

Los ámbitos de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se verifican en este caso porque la prestación de servicios odontológicos de las partes en el mercado (subjetivo), aunada a la divulgación de afirmaciones engañosas, así como a la supuesta inducción de trabajadores de

Sentencia N° ___ de 2012

la demandante para que laboraran en la demandada, son conductas que tienen una clara finalidad concurrencial, pues tal circunstancia puede resultar idónea para incrementar la participación de la demanda en el mercado (objetivo). Finalmente, las conductas alegadas tendrían efecto en la ciudad de Bogotá (territorial).

2.2. Legitimación de las partes (arts. 21 y 22, L. 256/96):

Partiendo de la participación de la demandante Grupo Empresarial P & P Ltda. está legitimada por activa porque la vinculación de empleados de CITYDENT a los establecimientos de comercio de la demandada y la divulgación, por parte de esta, de afirmaciones que no corresponden a la realidad respecto de la calidad del servicio y el origen empresarial de la actora con el propósito de desviar su clientela, son conductas potencialmente perjudiciales para los intereses económicos de esta.

Por su parte, Inversiones Rojas Parada Ltda. lo está para soportar la acción de la referencia, pues se demostró que vinculò ex trabajadores de CITYDENT y divulgo información que la demandante calificó como desleal.

2.3. Problema jurídico:

La decisión del litigio materia de estudio impone determinar si la vinculación de trabajadores de un competidor, la divulgación de afirmaciones que no corresponden a la realidad respecto de la calidad del servicio y el origen empresarial del mismo, así como la difusión de publicidad de manera invasiva en sus establecimientos de comercio, configuran actos de competencia desleal.

2.4. Hechos probados:

Con fundamento en las pruebas aportadas, decretadas y practicadas en el asunto, se tiene por probado lo siguiente:

2.4.1. Acorde con la información contenida en el certificado de registro de la marca (mixta) ODONTOFAMILY (fl.107, cdno. 3), el 21 de mayo de 2004 fue solicitado por el señor Juan Pablo Rojas Moreno el registro de dicho signo distintivo, el cual fue concedido mediante Resolución No. 353 del 19 de enero de 2005.

No obstante lo anterior, no obra prueba dentro del expediente que demuestre que la referida marca fue utilizada por el Señor Rojas Moreno antes de la constitución de la sociedad Inversiones Odontológicas Family Ltda. ODONTOFAMILY Ltda., llevada a cabo el 24 de julio de 2006 mediante Escritura Pública No. 1765, suscrita en la Notaría 40 del Círculo de Bogotá por los señores Ignacio Pinto Hurtado, Ilsen Olivia Puerto Morales, Raquel Angélica Parada Caballero y Juan Pablo Rojas Moreno.

2.4.2. En la copia del acta No. 5 de junta de socios del 10 de julio de 2007 (fls. 35 al 37, cdno.1), los socios de Inversiones Odontológicas Family Ltda. – ODONTOFAMILY Ltda. tomaron la decisión de disolver y liquidar dicha sociedad, estando representadas en la reunión el 100% de las cuotas parte.

En adición, pudo verificar el Despacho que ese mismo día, 10 de julio de 2007, los socios de Inversiones Odontológicas Family Ltda. ODONTOFAMILY LTDA. suscribieron un contrato de transacción y acordaron, específicamente en el numeral 9, que, de acuerdo con el reparto concertado de las clínicas que esa entidad tenía funcionando en Bogotá, se comprometían a: *“asistir adecuadamente a los usuarios que venían siendo atendidos en cada una de ellas”* y a

Sentencia N° ____ de 2012

que “cada centro asume la obligación y la responsabilidad de atender a los usuarios donde se han abierto las respectivas historias clínicas”. (fl. 39, ibídem).

2.4.3. Con el documento privado de junta de socios suscrito el 31 de agosto de 2007, inscrito ante la Cámara de Comercio de Bogotá el 3 de septiembre de la misma anualidad (fl.3 y 4, cdno. 1), se verificó que la demandante Grupo Empresarial P&P Ltda., fue constituida por los señores Ilsen Olivia Puerto Morales e Ignacio Pinto Hurtado con el objeto de “*prestar servicios de salud en todos sus campos, con énfasis en odontología y comercialización de productos odontológicos (...)*”, actividades que desarrolla a través de los establecimientos de comercio denominados “CITYDENT Clínicas Dentales de Colombia”.

2.4.4. De igual manera se constató que mediante escritura pública No. 1421 de 16 de mayo de 2007, suscrita en la Notaría 40 de Bogotá e inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad el 13 de junio de 2007, fue constituida la demandada Inversiones Rojas Parada Ltda. por los señores Raquel Angélica Parada Caballero y Juan Pablo Rojas Moreno para “*prestar servicios de salud, en todos sus campos*”, a través de los establecimientos de comercio denominados ODONTOFAMILY (fl. 5 y 6, cdno. 1) y que el 18 de enero de 2010 dicha sociedad se transformó de sociedad de responsabilidad limitada a sociedad por acciones simplificada – S.A.S. (fls 25 al 27, cdno. 7)

2.4.5. Tal como se aprecia dentro del contenido del acta No. 2 de Junta de Socios de ODONTOFAMILY, suscrita por Ignacio Pinto Hurtado, Ilsen Olivia Puerto Morales, Raquel Angélica Parada Caballero y Juan Pablo Rojas Moreno el 25 de abril de 2007 (fls, 2 al 14, cdno. 1), la sociedad Inversiones Odontológicas Family Ltda. – ODONTOFAMILY Ltda., a través de sus socios determinó que la doctora Ilsen Puerto e Ignacio Pinto se quedarían con las sedes de **Quirigua, Chapinero, Salitre y Chía**, y que los doctores Raquel Parada y Juan Pablo Rojas con las sedes de **Fontibón, Restrepo I y Restrepo II.**

2.4.6. De la información obrante en el siguiente cuadro:

ODONTOFAMILY (ANTES DE LA DIVISIÓN)	RENOVACIÓN MATRÍCULA DESDE	CITYDENT (DESPUES DE DIVISION)	CITYDENT ACTUAL	MATRÍCULA DESDE	ODONTOFAMILY (DESPUES DE LA DIVISIÓN)	ODONTOFAMILY ACTUAL	MATRÍCULA DESDE
Chapinero	22/09/2006	Chapinero	Chapinero	04/09/2007	Fontibón	Ferías	02/08/2007
Chía	22/09/2006	Chía	Chía	04/09/2007	Restrepo I	Fontibón	01/08/2007
Fontibón	28/04/2006	Quirigua	Fontibón	04/09/2007	Restrepo II	Patio Bonito	22/05/2008
Quirigua	22/09/2006	Salitre	Kennedy	21/08/2008		Quirigua	01/08/2007
Restrepo I	22/09/2006		Oral Centry 1º de Mayo	14/09/2007		Restrepo I	01/08/2007
Restrepo II	22/09/2006		Oral Centry Suba	14/09/2007		Restrepo II	02/08/2007
Salitre	22/09/2006		Oral Centry Tintal	24/11/2008		Roma	02/08/2007
			Primera de mayo	04/09/2007		Santa Helenita	19/07/2007
			Quirigua	04/09/2007		Santa Helenita II	03/12/2008
			Restrepo	14/09/2007		Suba Campiña	01/08/2007
			Roma	04/09/2007		Suba Portal	18/01/2008
			Salitre	04/09/2007			
			Suba	04/09/2007			
			Tintal	24/11/2008			
			Venecia	30/04/2008			

Téngase por probado que, para la época de los hechos de la demanda, según lo consignado en el dictamen pericial rendido por la perito Patricia Verónica Olaya, la demandante tenía, por lo menos matriculados en el Registro Mercantil desde el mes de septiembre de 2007, las sedes de **Chapinero, Chía, Fontibón, Oral Centry P. Mayo, Oral Centry Suba, Primera de Mayo, Quirigua, Salitre, Suba y Roma**. Así como en los meses de abril, agosto y noviembre del año 2008, las sedes de **Kennedy, Oral Centry Tintal, Restrepo, Tintal y Venecia**. (fl. 2, cdno. 8).

Sentencia N° ____ de 2012

De igual manera, nótese que la demandada tenía, por lo menos matriculados en el Registro Mercantil, desde los meses de julio y agosto de 2007, las sedes de Ferias, Fontibón, Roma, Restrepo I, Restrepo II, Santa Helenita y Suba Campiña. Así como desde los meses de enero, mayo y diciembre del año 2008, las sedes de Patio Bonito, Portal Suba, Santa Helenita II y Tintal (fl. 3, cdno.8)

De la información verificada en los registros mercantiles allegados al expediente, se puede colegir que no se encontró elemento probatorio alguno que demuestre que la demandada hubiera situado sus clínicas ODONTOFAMILY frente a las de CITYDENT, pues ello solo ocurrió en el barrio Quirigua. Por el contrario, se aprecia que quién llevó a cabo esa conducta, por lo menos en **Fontibón, Restrepo, Roma y Suba**, fue la demandante.

2.4.7. Por otra parte, en lo que se refiere a la difusión de informaciones desacreditantes que generaron desconcierto en algunos usuarios de las clínicas de la demandante, el Despacho resalta dentro de todos los testimonios aportados, la declaración rendida por el testigo Diego Bravo (fl. 23, cdno. 5), quién manifestó que, siendo paciente de la clínica CITYDENT desde el 2005, contempló la posibilidad de acudir a ODONTOFAMILY debido al alto precio que le cobraban en aquella entidad, a lo que agregó que en la clínica de la demandada el ortodoncista que lo atendió y de quién no recuerda el nombre, pero lo identifica como *“el que trabajó o trabaja con uno de los odontólogos que salía en cambio extremo”*, le manifestó, con base en el análisis de una radiografía panorámica que solicitó al paciente, que *“el tratamiento que le estaban haciendo en CITYDENT era totalmente erróneo, [que] estaba sufriendo reabsorción”* (fl.23, cdno.5, min 8’11” a 8’20”) y que, por ello, en opinión de ese profesional de la salud, debía ser sometido a cirugía toda vez que *“la mordida estaba separada del maxilar superior”*.

El referido testigo agregó que, con base en ese diagnóstico, hizo el reclamo a su ortodoncista en CITYDENT y que, como resultado, le fueron practicados nuevos exámenes y radiografías con las cuales quedó aclarado que el paciente no sufría de reabsorción y que las raíces estaban perfectas, por lo que precisó que nunca se retiró ni pensó en retirarse de CITYDENT, pues aún a la fecha de la diligencia seguía asistiendo a controles en esa clínica para terminar su tratamiento.

Al respecto, téngase en cuenta que la versión rendida por Diego Bravo fue corroborada con la declaración de la testigo Claudia Patricia Montañéz, empleada de la actora, quién recibió al paciente el día en que se presentó para reclamar por el mal tratamiento que le habían realizado y quién, junto con la ortodoncista que atendía al paciente, le tomó las radiografías y le explicó que lo que le habían dicho en la otra clínica – sin señalar a ODONTOFAMILY- no correspondía a la verdad (fl. 30, cdno. 5).

En adición, téngase en cuenta que a la pregunta de si existió propuesta por parte de otros funcionarios de ODONTOFAMILY para que se cambiara de clínica, el testigo contestó que no, que solo el ortodoncista mencionado, quién incluso le ofreció el tratamiento a mitad de precio para que lo continuara con él.

2.4.8. De otro lado, en relación con el “volantero” que, según los hechos de la demanda, fue encontrado dentro de la Clínica CITYDENT de Fontibón repartiendo volantes publicitarios de ODONTOFAMILY a los pacientes que ahí se encontraban, téngase en cuenta que la representante legal de la demandante, Ilsen Puerto, y las odontólogas Silvia Avellaneda Castillo y Catalina Díaz Rodríguez, quienes para la época de los hechos fungían como gerentes de las sedes de CITYDENT ubicadas en Salitre y Kennedy, respectivamente (fls. 27 y 32, cdno. 5) coincidieron en afirmar que, cuando salieron a ver que estaba sucediendo,

Sentencia N° ___ de 2012

mientras se encontraban en una reunión en el Centro Odontológico CITYDENT de Fontibón con la representante legal de la actora, fueron informadas por Elizabeth la recepcionista, que había un volanero con gorra de ODONTOFAMILY entregando volantes de este establecimiento a los pacientes que se encontraban esperando su turno de atención en la sala de espera (fl. 24, cdno. 6, min 22'58"). De igual manera concordaron, al afirmar en que el "volanero" ya estaba con la policía fuera de la clínica y, posteriormente, al precisar que él seguía repartiendo volantes con la publicidad de ODONTOFAMILY en la puerta o frente a las clínicas CITYDENT.

En relación con la circunstancia fáctica recién mencionada, la testigo Claudia Patricia Montañez Quiroga, quien se desempeñó como gerente de la sede CITYDENT Quirigua para la época de los hechos, precisó que estando ella en la sede de Fontibón ese día con las demás directivas de las otras sedes odontológicas *"una de las gerentes salió de la reunión y se encontró con el hecho de que uno de los volaneros de la clínica ODONTOFAMILY estaba sacándose un paciente que estaba dentro de la clínica CITYDENT de la sede de Fontibón"* (fl. 30, cdno. 5, min 3'51" a 4'08"). Sin embargo, este testimonio no fue convincente en la medida en que no resultó concordante con ninguna otra prueba.

En el caso en cuestión, consta dentro del expediente que los hechos anteriormente descritos quedaron registrados en una querrela que el 15 de mayo de 2008 interpuso Martha Elizabeth Díaz, secretaria de la sede CITYDENT ubicada en Fontibón, ante el secretario general de Inspecciones de Policía (fl. 42, cdno. 1), documento en el que se identifica al "volanero" como Guillermo David Salazar, debiéndose agregar que de lo sucedido la demandante aportó algunas fotografías de una persona vestida con chaleco y gorra azul, en frente y fuera de la clínica de CITYDENT en Fontibón, repartiendo unos volantes el día de los hechos (fls. 43 al 45, cdno.1). Debe resaltarse que el material probatorio señalado, esto es, las declaraciones concordantes de la representante legal de la actora, dos de sus dependientes y la declaración escrita presentada por la recepcionista de la Clínica CITYDENT de Fontibón en la estación de policía mencionada, permiten tener por cierto el incidente comentado.

2.4.9. Por lo que se refiere a la difusión de perifoneos de contenido denigratorio por parte de la demandada en el Barrio Quirigua, debe precisarse que, como ya se advirtió en el numeral 2.4.5. de la presente providencia, la demandada situó su establecimiento de comercio conservando el nombre comercial de ODONTOFAMILY cerca de la clínica CITYDENT de la demandante, que, por demás, fue la inicial clínica dental de la extinta sociedad Inversiones Odontológicas Family Ltda. - ODONTOFAMILY.

En este contexto nótese que en dicha zona, donde coexisten a poca distancia las clínicas de las partes, se demostró, acorde con la grabación aportada como prueba, que ODONTOFAMILY difundía una publicidad en la que indicaba lo siguiente: *"No se confunda ni se deje confundir, en el barrio Quirigua solo hay una Clínica Odontológica ODONTOFAMILY, no tenemos sucursales en el sector ni cambiamos de nombre, por eso visítenos en la Transversal 94 No. 80 A – 4. Somos ODONTOFAMILY Quirigua, donde usted encontrará consulta completamente gratis y planes desde 15 mil pesos mensuales... ODONTOFAMILY Quirigua... Somos únicos, somos exclusivos... No se confunda ni se deje confundir..."* (fl. 49, cdno. 1, min 1'29" al 2'12").

2.4.10. Por otra parte, en lo que se refiere al retiro masivo de pacientes de las clínicas de la demandante, se pudo establecer con fundamento en el numeral 1.2.1. del dictamen pericial (fl. 6, cdno. 8) que la cantidad de pacientes retirados de todas las sedes odontológicas de la entidad demandante CITYDENT, dentro del período comprendido entre los meses de septiembre de 2007 -mes de constitución de la sociedad demandada- y junio de 2008 -mes de

Sentencia N° ___ de 2012

presentación de la demanda- fueron 338 distribuidos así: 90 en la sede de Chapinero, 122 en la sede de Quirigua, 36 en la sede de Salitre y 90 en la sede de Suba (fl. 6, cdno. 8).

De igual manera, con base en lo señalado en el numeral 1.4.1. de la mencionada experticia, se pudo verificar que solo 33 pacientes de los 338 retirados de las clínicas odontológicas CITYDENT, propiedad de la aquí demandante, se trasladaron e ingresaron a realizarse tratamientos en las clínicas odontológicas ODONTOFAMILY, propiedad de la demandada, entre esos meses de septiembre de 2007 y junio de 2008 (fls. 39, 40 y 44, cdno. 8), sin que obre prueba idónea en el expediente que permita concluir que se retiraron de las clínicas de CITYDENT por inducción de la demandada. Dichos pacientes son los siguientes nombres:

#	CEDULA	NOMBRE
1	1016006797	OMAIRA VARGAS
2	1070949410	FREDDY ALEXANDER MONTALVO
3	80173851	DAVID MAURICIO CARRILLO
4	80186136	LIBARDO VERANO
5	1069078233	ALBA BELTRÁN
6	94092803672	PAULA VENTERO
7	79917180	ANDRÉS RINCÓN
8	1032360019	DIANA ACOSTA
9	51992960	JENNY CARDOSO
10	45591646	LILIANA TOLEDO
11	93012706420	LUIS RICARDO LEIVA
12	1015398167	LUZ HELENA GALINDO
13	51944344	JANETH DURANGO
14	1019017948	SERGIO LEONARDO GONZÁLEZ
15	3182514	DANIEL CASTIBLANCO
16	50960469	SANDRA MONTES SARMIENTO
17	52007596	RUBIELA VILLALOBOS
18	52410565	SANDRA MILENA ESPEJO CHACÓN
19	80185245	MIGUEL ANTONIO CARO
20	74245729	RODRIGO ABRIL
21	80255241	LUIS HERNANDO PARRA VÁSQUEZ
22	53028223	YEIMI LILIANA BARÓN GUTIÉRREZ
23	1032403783	SANDRA MILENA BERNAL VANEGAS
24	52313267	DERLY SUÁREZ
25	920207-00353	KELLY CORREA
26	1014204359	MONICA CORREA
27	1019026951	ANGIE JIMÉNEZ
28	11221196615	ALEJANDRO MURILLO
29	91032210339	ANGIE DELGADO
30	91071002980	VICENTE PACHÓN
31	91090326800	YULMAN CABALLERO
32	94120303	KEVIN ALEXANDER MORALES
33	52917745	VALENTINA VANEGAS

A pesar de lo anteriormente anotado, no obra prueba en el expediente que permita concluir que esos pacientes se trasladaron de las clínicas de CITYDENT a las de ODONTOFAMILY por cuenta de las afirmaciones engañosas recibidas en los establecimientos de comercio de la demandada o de otra conducta que los hubiere inducido a terminar sus tratamientos de salud oral con la demandante.

En efecto, de la diligencia de inspección judicial (fls. 139 al 174, cdno 3 y fls. 1 al 184, cdno. 4) realizada por este Despacho en la sede de la clínica ODONTOFAMILY, del Barrio Quirigua, se pudo verificar que, puntualmente, del listado de 49 pacientes que la actora allegó al expediente y declaró como suyos en el libelo, solo 6 de ellos iniciaron tratamientos odontológicos en dicho establecimiento de comercio.

Sentencia N° ___ de 2012

Los pacientes en cuestión son: Luz Helena Galindo, quién reportó su retiro de CITYDENT en mayo de 2007 y fue ingresada para tratamiento en ODONTOFAMILY desde el 4 de noviembre de 2007, es decir, 6 meses después; Diana Acosta, quién reportó su retiro de CITYDENT en enero de 2007 y posteriormente ingresó para tratamiento en ODONTOFAMILY desde el 29 de agosto de 2008, es decir, año y medio después; Jenny Cardozo, quién inició tratamiento desde el 22 de noviembre de 2007; Edwin Albarracín, quien se retiró de CITYDENT en agosto de 2007 y comenzó su tratamiento odontológico en ODONTOFAMILY el 29 de noviembre de 2007, dos meses después; Vicente Pachón, quien reportó su retiro de CITYDENT en junio de 2007 y fue ingresado para tratamiento en ODONTOFAMILY solo hasta el 5 de enero de 2008, es decir, 7 meses después; y Yulman Caballero, quién ingresó a ODONTOFAMILY para tratamiento desde el 17 de noviembre de 2007 porque en CITYDENT le cambiaron el doctor (fl. 157, cdno. 4).

Sobre este particular, es pertinente agregar que además de la ausencia de prueba que demuestre que el traslado de pacientes que se comenta respondió a las conductas que la actora considera desleales, el considerable lapso que transcurrió entre el retiro de CITYDENT y la vinculación posterior a ODONTOFAMILY sugiere que la motivación de cada paciente no tuvo origen en las conductas desleales alegadas.

2.4.11. Por otra parte, respecto del traslado de personal de CITYDENT a ODONTOFAMILY por la supuesta inducción de la demandada, es posible colegir, con base en el numeral 5.2.1. del dictamen pericial (fls. 84 y 85, cdno. 8) que cuarenta y dos (42) personas se retiraron de la empresa durante el período comprendido entre septiembre de 2007 y junio de 2008, sin que se pueda colegir que alguno de ellos se retiró por causa de una oferta de trabajo de la accionada ó que efectivamente figura en su nómina, por el contrario, sí se pudo comprobar que al menos dos de esas personas, María del Rosario Saiz y Angelica María Dueñas, se retiraron por otra razón diferente a la inducción por parte de la demandada, según lo declarado por la representante legal de la demandante durante la diligencia de interrogatorio de parte. (fl. 24, cdno 6). De los mencionados testimonios resalta el Despacho que las mencionadas odontólogas, quienes se desempeñaban como periodoncista y odontóloga general de la sede de ODONTOFAMILY ubicada en Suba Portal, coincidieron en que para la época de los hechos renunciaron a sus cargos en la clínica de la demandante sin haber sido obligadas por nadie a ello y que la razón de esa decisión había obedecido a que ellas ganaban por porcentaje sobre valoración realizada y que la gerente de CITYDENT no respetaba sus turnos porque tenía preferencias con otros odontólogos, razón por la cual buscaron trabajo en las clínicas de la demandada.

Para finalizar, de las conclusiones del mencionado dictamen pericial se pudo verificar que, a pesar de las inconsistencias presentadas en las bases de datos de suministradas por las partes, lo que dificultó la determinación del 100% de los pacientes trasladados, el monto que dejaron de cancelar los pacientes que se retiraron de las clínicas odontológicas CITYDENT y se trasladaron a las clínicas odontológicas ODONTOFAMILY de Inversiones Rojas Parada Ltda. puede ascender a la suma de ciento sesenta y siete millones doscientos sesenta y un mil ochocientos pesos (\$ 167'261.800) en el período comprendido entre septiembre de 2007 y junio de 2008 (fl. 81, cdno. 8).

De igual manera, pudo establecerse de la información obrante en la mencionada experticia (fl. 84 al 86, cdno. 8) que cuarenta y dos (42) trabajadores se retiraron de las clínicas odontológicas adscritas a la demandante durante el período comprendido entre septiembre de 2007 y junio de 2008, generando unos gastos totales por concepto de liquidaciones por valor de dieciocho millones doscientos noventa y dos mil setenta y un pesos (\$ 18'292.071), sin que se pueda concluir que lo hicieron por conducto o sugerencia de la demandada.

Sentencia N° ____ de 2012

En adición a lo anterior, se pudo verificar, de acuerdo con la información registrada en los estados de resultados de los años 2007 y 2008 de la demandante, que el comportamiento de los ingresos frente a los gastos se mantuvo y esta obtuvo utilidades por valor de \$38'653.454. Por el contrario, durante el primer semestre del año 2008, registró un aumento considerable de los costos y gastos frente a los ingresos, ocasionándole pérdidas por valor de \$430'176.618, erogaciones que corresponden al aumento de su capacidad instalada, apertura de nuevas sedes, contratación de personal, gastos de publicidad y administración que, en todo caso, no tienen relación de causalidad con el traslado de 33 pacientes y 42 trabajadores de las sedes odontológicas de las clínicas de la sociedad demandante a las de la pasiva. De hecho, tampoco hay elemento probatorio alguno que permita verificar que alguno de esos trabajadores ingresó a trabajar a las clínicas de la demandada.

2.5. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales denunciados por la demandante:**2.5.1. Violación a la Prohibición General (art. 7°, L. 256/96):**

Para analizar esta conducta desleal es pertinente precisar que el concepto de la buena fe comercial se ha entendido como *"la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios, o como la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones, que les permite obrar con la conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico"*¹.

En relación con los hechos objeto de este proceso, es claro para este Despacho que si bien existe el derecho a la libre competencia amparado por el artículo 333 de la Constitución Política, ese derecho tiene unos límites claramente definidos toda vez que *"la Constitución establece cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica, en el sentido y ámbitos antes explicados, al interés general y la responsabilidad social, de forma que lo haga compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado."*².

Por ello, se hizo necesaria esa consagración constitucional que encauzara el derecho a la libertad de competencia económica, como principio orientador de las relaciones recíprocas entre los distintos agentes económicos dentro de los límites de la corrección que deben regir los actos de los profesionales del comercio, lo cual solo se puede lograr mediante la represión de todos aquellos actos contrarios a la competencia, falta de buena fe y lealtad.

En el caso en cuestión, particularmente en lo que se refiere a la acusación consistente en que el demandado procedió a abrir clínicas odontológicas (núm. 2.4.5) en los mismos lugares donde se encuentran las que le adjudicaron a Ilsen Olivia Puerto Morales e Ignacio Pinto Hurtado, hoy representantes legales de la demandante, de entrada debe advertirse que la vía jurisdiccional no puede ser utilizada para garantizar el cumplimiento de acuerdos que atentan contra la libre competencia, pues su objeto es la repartición de mercado en la ciudad de Bogotá, entre los socios de Inversiones Odontológicas Family Ltda. ODONTOFAMILY.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario aclarar que la sociedad Inversiones Rojas Parada Ltda. se limitó a ejercer su derecho a la libre competencia cuando procedió a abrir el establecimiento de comercio en el Barrio Quirigua con el mismo objeto comercial de la

1 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias No. 4 y 20 de 2009 y No. 1 y 14 de 2010.

2 Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010.

Sentencia N° ___ de 2012

demandante. Ahora bien, ningún carácter desleal se puede predicar de la identificación de ese establecimiento con el signo ODONTOFAMILY pues además que se demostró que el señor Rojas Moreno es el titular de dicha marca, aún desde antes de la constitución de la sociedad Inversiones Odontológicas Family Ltda. – ODONTOFAMILY, la demandante no acreditó la existencia de derecho alguno sobre ese signo ni que se hubiera opuesto al requerimiento del titular dirigido a que se abstuviera de utilizar la marca ODONTOFAMILY.

Sobre este último punto, debe aclararse que la demandante reconoció en su acto de postulación que el señor Juan Pablo Rojas Moreno, socio de la hoy demandada, es el titular de la marca ODONTOFAMILY y que, si bien afirmó que el mismo se comprometió a ceder dicha marca a la sociedad primigenia Inversiones Family Ltda. Odontofamily Ltda., no acreditó con elemento probatorio alguno la existencia de dicha promesa de cesión en ese sentido.

Valga precisar, en adición, que el acta No. 2 de Junta de socios, allegada como prueba, solo enuncia en el punto No.8 del orden del día *“Consultar compra o venta nombre Odontofamily”* pero no hay en el mismo documento ni en ninguno otro obrante en el expediente, la constancia de que los socios hubieran desarrollado el punto y/o tomado una decisión dispositiva posterior respecto del mentado nombre comercial.

En consecuencia, se colige que el señor Juan Pablo Rojas podía válidamente seguir utilizando el nombre comercial ODONTOFAMILY para identificar los establecimientos de comercio a él adjudicados después de la transacción realizada entre los socios de Inversiones Odontológicas Family Ltda. y, por tanto, no se reputa desleal la conducta.

No obstante lo anterior, no puede predicarse lo mismo de la actitud de la demandada cuando, usando válidamente la marca ODONTOFAMILY para identificar las clínicas que le fueron adjudicadas después de la disolución y liquidación de la extinta sociedad Inversiones Odontológicas Family - ODONTOFAMILY, incurrió en actos que no siguen los parámetros constitutivos de las buenas costumbres comerciales, tal como se narró en el acápite de hechos probados (núm. 2.4.7.) en tanto que procedió a publicitar sus servicios a través de un “volantero” que ingresando en el establecimiento de comercio de la actora ubicado en la sede de Fontibón, procedió a repartir volantes que promocionaban los servicios de la nueva clínica ODONTOFAMILY a los clientes que se encontraban en la sala de espera o ingresaban al establecimiento de comercio CITYDENT de la actora, para ser atendidos.

Sobre el particular, téngase en cuenta que *“cuando la Ley 256 de 1996 hace referencia a las sanas costumbres o usos honestos, está salvaguardando los derechos de los empresarios, los consumidores, y la sociedad en general, por lo que no es viable exigir de ellos, para su protección, la prueba de existencia de la costumbre o del uso, pues indudablemente se refiere a aquellas conductas o comportamientos que se apartan del imperativo moral y ético apenas exigible a cualquier profesional del comercio, es decir, que por sanas costumbres mercantiles o usos honestos se entiende el actuar dentro de los parámetros morales y éticos que se espera de quienes acuden a un mercado con el propósito de disputar una clientela”³.*

En el mismo sentido, atendiendo los mismos parámetros objetivos de comportamiento, los comerciantes pueden pugnar con sus competidores para atraer clientes a sus propias prestaciones y solo se tendrá como desleal la conducta cuando, se utilicen medios contrarios

3 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Fecha 12-Dic-2001. Radicación 01086015 “Las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos industriales y comerciales son entendidas como los principios morales y éticos que deben cumplir los comerciantes y demás participantes en el mercado en la actividad competitiva, dentro del contexto de que constituye una práctica usual del comercio la observancia de los mismos. Las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos industriales y comerciales no requieren para su acreditación el cumplimiento de los artículos 189 y 190 del código de procedimiento civil”.

Sentencia N° ____ de 2012

al deber de actuar de buena fe, lealtad y transparencia en el normal y honrado desenvolvimiento de la actividad competitiva⁴.

Ahora bien, nótese que por ser la publicidad un sistema de comunicación, en ésta intervienen dos sujetos preponderantes: El anunciante o emisor, y el destinatario o receptor. Adicionalmente, si para transmitir el mensaje se utilizan medios pertenecientes a terceros, habrá una tercera persona involucrada en la difusión publicitaria.

El anunciante, en este caso la demandada *“es la persona en la que se origina la publicidad y quien se beneficia o perjudica con su éxito o fracaso. Por tal razón, el anunciante es quien decide qué tipo de publicidad se va a hacer, qué características tendrá el mensaje, a qué público o consumidor objetivo se dirigirá, o en qué medios será difundido el mensaje. Siendo el anunciante el principal interesado en la realización de publicidad para su marca o producto, él será el beneficiado por los resultados que la publicidad arroje, al igual que será también quien asuma los riesgos generados por ésta.*

El destinatario de la publicidad es el consumidor potencial del producto o servicio que se anuncia. En este punto es importante tener en cuenta que si bien la publicidad puede ser recibida por muchas personas, inclusive por un número ilimitado de ellas, no todo aquel que perciba una pieza publicitaria es destinatario de la misma. El destinatario de la publicidad estará conformado por el grupo de personas que por reunir unas condiciones determinadas (sexo, edad, nivel cultural y de educación, características económicas, grupo social, etc.) son consumidoras habituales o potenciales de un producto. Así, por ejemplo, a pesar de que un hombre puede recibir o percibir un anuncio de toallas higiénicas, éste hecho no lo convierte en consumidor de ese producto, ni en destinatario de esa publicidad.

*Finalmente, cuando la publicidad utiliza medios de difusión pertenecientes a terceros, tales como el mencionado “volantero”, habrá una tercera persona involucrada en el proceso publicitario, la cual, a pesar de que interviene en el mismo, su papel primordial se concreta en **ser el vehículo que pone en contacto al anunciante con el consumidor**, a fin de que este último reciba el mensaje”.*⁵ (negritas fuera de texto)

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones es evidente que la conducta del “volantero” es imputable a la demandada y que la misma, debido al carácter invasivo de la publicidad, contrarió las sanas costumbres o usos honestos, circunstancia que, aunada a todo lo dicho con antelación acerca de la verificación de los ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996 y la legitimación de las partes, permite concluir que se tipificó el acto de competencia desleal consistente en la vulneración de la cláusula general prevista en el artículo 7º, *ibídem*, debido a una conducta abiertamente contraria a las sanas costumbres o usos honestos que, en adición, no se encuadra en ningún otro tipo desleal específico.

2.5.2. Actos de descrédito y engaño (Art. 11º y 12º, L. 256/96)

El artículo 12 de la ley de Competencia Desleal refiere *“(…) se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.”*

4 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 01086015 de diciembre 12 de 2001.

5 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 32749 de diciembre 29 de 2004.

Sentencia N° ___ de 2012

Según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal, para que la conducta de un empresario pueda considerarse como desacreditadora de las prestaciones o actividad empresarial de un competidor, es preciso que se lleve a cabo la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas e impertinentes y que, además, resulte objetivamente apta para perjudicar el prestigio o buen nombre de otro agente en el mercado⁶.

A su vez, es necesario que las actuaciones de descrédito, independientemente del medio de difusión que se utilice para tal fin, sean públicas, esto es, que se dirijan a determinadas personas, se realicen en el seno de un determinado colectivo ó vayan dirigidos al público en general⁷, logren o no su objetivo, puesto que basta el elemento de potencialidad, riesgo o peligro que facilite el descrédito del competidor.

Sobre la base de las anteriores consideraciones teóricas se impone resaltar que en este caso se configuró la conducta desleal en estudio por los siguientes comportamientos:

2.5.2.1. La publicidad difundida a través de perifoneo en el barrio Quirigua, cuyo contenido es el siguiente:

“No se confunda ni se deje confundir, en el barrio Quirigua solo hay una Clínica Odontológica ODONTOFAMILY, no tenemos sucursales en el sector ni cambiamos de nombre, por eso visítenos en la Transversal 94 No. 80 A – 4. Somos ODONTOFAMILY Quirigua, donde usted encontrará consulta completamente gratis y planes desde 15 mil pesos mensuales... ODONTOFAMILY Quirigua... Somos únicos, somos exclusivos... No se confunda ni se deje confundir...”

Es notorio que el sentido del mensaje difundido apuntaba a subrayar que únicamente había una clínica ODONTOFAMILY, al menos en el Barrio Quirigua, pues fue allí el espacio geográfico de su difusión, de manera que resulta natural concluir que la clientela actual o potencial del extremo demandante, al menos potencialmente, pudo haber considerado que los servicios odontológicos prestados por CITYDENT, antes ODONTOFAMILY, para muchos de sus clientes provenían de una fuente ilegal.

Ciertamente, el mensaje transmitido, dadas las especiales condiciones de modo, tiempo y lugar que rodearon la publicidad difundida a través del perifoneo realizado en el barrio Quirigua el día 15 de mayo de 2008 (fl. 42, cdno. 1), resultó apta para desacreditar la reputación mercantil y el establecimiento de la actora, al menos en el referido barrio, teniendo en cuenta que la clínica CITYDENT de propiedad de la demandante originalmente se llamó ODONTOFAMILY, que posteriormente tuvo que cambiar de nombre una vez definida la repartición de clínicas entre los socios de Inversiones Odontológicas Family Ltda. - ODONTOFAMILY (tal como se explicó en el núm. 2.4.5.) y, además, que después de ello apareció la clínica ODONTOFAMILY de la demandada recomendando al público a través de perifoneo que *“No se confunda ni se deje confundir...”*, *“... en el barrio Quirigua solo hay una Clínica Odontológica ODONTOFAMILY, no tenemos sucursales en el sector ni cambiamos de nombre...”*, situación que determinó la potencialidad de la conducta para desacreditar la actividad del Grupo Empresarial P&P Ltda y su establecimiento CITYDENT ante su clientela.

En consecuencia, este Despacho considera que la conducta realizada por la parte demandada transgredió los parámetros normativos previstos en el artículo 12 de la ley 256 de competencia desleal, en la medida en que se encontró probado que el contenido del perifoneo difundido a los oyentes del barrio Quirigua transmitió indicaciones inexactas que pretendían desacreditar

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 32749 de 2004.

⁷ Barona Vilar Silvia. Competencia Desleal, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. Tirant lo Blanch. Pág. 438.

Sentencia N° ___ de 2012

la actividad y el establecimiento de comercio CITYDENT que también ofrecía sus servicios odontológicos en ese sector de la ciudad, ante los clientes de siempre, es decir los que conservaba esa clínica desde cuando se llamaba ODONTOFAMILY, pues podrían haber considerado que el verdadero ODONTOFAMILY se había trasladado para otro lugar.

2.5.2.2. Por otra parte, salta a la vista que el descrito acto desleal se configuró en este caso en la medida en que se demostró que la demandada, tal como se explicó con antelación (núm. 2.4.5), difundió indicaciones incorrectas o falsas al paciente Diego Bravo, a través de un ortodoncista que laboraba en la clínica ODONTOFAMILY del barrio Quirigua, con respecto a la efectividad del tratamiento realizado por una ortodoncista de CITYDENT. Ahora bien, a pesar de que la afirmación en cuestión pudo corresponder al concepto profesional del aludido odontólogo, que en todo caso no surtió el efecto querido de retiro del paciente de la clínica de la demandante, fue una información idónea para afectar perjudicialmente la reputación de CITYDENT ante el mencionado paciente, quien debido al concepto en cuestión, realmente creyó que le habían hecho un mal tratamiento en CITYDENT, al punto de reclamar angustiosamente -según su propio testimonio- la efectividad del mismo ante la sociedad demandante.

En el mismo sentido, nótese que de la declaración de Diego Bravo se pudo inferir que el diagnóstico emitido por el ortodoncista de la demandada fue **falso o inexacto**, teniendo en cuenta los resultados de los nuevos exámenes y radiografías que CITYDENT tuvo que practicar al paciente para verificar y aclarar al mismo que no sufría de reabsorción y que sus raíces estaban perfectas, hecho que además se encuentra verificado con la declaración del mencionado paciente cuando afirmó que nunca se retiró ni pensó en retirarse de CITYDENT, pues aún a la fecha de la diligencia seguía asistiendo a controles en esa clínica para terminar su tratamiento.

Finalmente, es claro que la información que otorga un profesional de la salud oral, especialista en ortodoncia, es absolutamente relevante para un consumidor de ese tipo de servicios odontológicos y que la misma resulta determinante para su decisión de adquirir el servicio. En efecto, la confianza que genera el concepto del mencionado profesional incide tanto en su decisión de contratar el servicio, como en su elección entre los distintos oferentes del mismo, pues le hace creer que el diagnóstico recibido va a resultar útil para satisfacer la necesidad por la cual decidió adquirir el servicio odontológico.

En consecuencia, se colige que la conducta del profesional de la salud de ODONTOFAMILY resultó **claramente idónea para desacreditar los servicios y perjudicar el prestigio o buen nombre del establecimiento de comercio de la actora**, así como potencialmente idónea para cambiar la decisión de consumo del paciente.

Puestas de este modo las cosas, como los comportamientos descritos reunieron todos los presupuestos configurativos del acto desleal de descrédito, no se abordará el estudio correspondiente a la formación del acto de engaño.

2.5.3. Actos de confusión (Art. 10º Ley 256 de 1996)

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 ofrecen⁸, sin que para su

⁸ BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 357.

Sentencia N° ____ de 2012

configuración sea indispensable la efectiva materialización de tal efecto perjudicial en el mercado, pues -como lo ha dejado establecido este Despacho- para ello basta con la existencia de un riesgo de confusión, esto es, de la potencialidad real de la conducta en cuestión para confundir⁹.

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)*¹⁰, 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)*¹¹. Es del caso resaltar que las dos circunstancias comentadas tienen una trascendental relevancia en la libre decisión de mercado que se debe garantizar al consumidor, en tanto que este último *“puede perfectamente preferir un producto a otro sólo por la confianza que le reporta la marca o la empresa vendedora, a la que asocia un determinado status de calidad o prestigio y que hace que incluso esté dispuesto a pagar un precio superior al del resto de productos”*¹².

Visto lo anterior, no ofrece duda al Despacho que la demandada en ningún momento pretendió crear confusión en los clientes actuales o potenciales de las clínicas, pues por el contrario, las conductas denunciadas, tales como la difusión de publicidad de ODONTOFAMILY a través de perifoneos en el Barrio Quirigua, así como la repartición de volantes de ODONTOFAMILY dentro de la clínica de la actora ubicada en Fontibón o la colocación una de sus clínicas dentales en la zona de Quirigua, lejos de estar encaminadas a sugerir algún tipo de relación entre los establecimientos de comercio de las partes, tendieron a diferenciarlos cada vez más, aspecto en relación con el cual se debe agregar que ningún sentido tendría la ejecución de las conductas en cuestión si lo que se pretendiera fuera generar en el público la idea de que los establecimientos son los mismos o que tienen un mismo origen empresarial.

2.5.4. 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”*.

Lo anterior supone, tratándose del desvío de trabajadores y conforme lo ha establecido la doctrina que *“el acto esté enaminado a privar al competidor de los empleados que por razón de sus conocimientos puedan considerarse como parte fundamental de la empresa, es decir, aquellos trabajadores técnicos o especializados que poseen los secretos de la empresa y que pueden calificarse como de confianza, de modo que la simple sustracción de personal secundario no constituye un acto que amenace con provocar desorganización interna de la empresa para la cual prestaban sus servicios”*¹³

De acuerdo con lo anterior y verificado el sustrato probatorio allegado al expediente, no se demostró que la ausencia de las trabajadoras María del Rosario Saiz y Angelica María

9 Superintendencia de Industria y Comercio. Auto No. 1841 de 2010. En el mismo sentido: Cas. Civ. Sentencia de noviembre 19 de 1999, exp. 5091.

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

11 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.

12 *Ibidem*.

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

Sentencia N° ___ de 2012

Dueñas, quienes se desempeñaban como “odontóloga periodoncista” y “odontóloga general” de la clínica CITYDENT de Suba, respectivamente, hubiera generado una afectación de identidad suficiente en la sociedad accionante que le impidiera continuar desarrollando su actividad mercantil en la forma en que venía haciéndolo.

De hecho, tampoco se demostró la imposibilidad de suplir idóneamente la ausencia de dichos trabajadores ni la situación de desorganización interna en la que quedó la demandante después del retiro de sus empleados. En adición, respecto de la calificación profesional de dichas empleadas, tampoco se encontró prueba alguna que demuestre que los conocimientos especializados adquiridos por esas funcionarias hubieran sido utilizados en perjuicio de la actora y, mucho menos, que la pasiva desarrollara su actividad mercantil con ocasión de la información calificada y experiencia adquiridos por las ex trabajadores de la demandante.

Las razones expuestas se estiman suficientes para considerar que no resulta admisible concluir la configuración del acto desleal de desorganización, además, porque no se demostró que las conductas desleales realizadas por la demandada hubieran producido ese efecto; por el contrario, las clínicas CITYDENT siguieron funcionando, produjeron utilidades y si en algún momento la actora tuvo pérdidas, fue con ocasión de la política de expansión emprendida.

2.5.5. Actos de inducción a la ruptura contractual (Art. 17º, L. 256/96)

El artículo 17º de la Ley 256 de 1996 artículo ibídem dispone que “Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.”

En el presente caso, de los elementos probatorios allegados dentro del expediente no puede inferirse que la demandada hubiera incurrido en actos de inducción a la ruptura contractual incitando a trabajadores de los establecimientos de comercio CITYDENT de la actora para que renunciaran a su trabajo y fueran contratados en los establecimientos de comercio ODONTOFAMILY de la demandada. Por el contrario, como ya se advirtió en el numeral 2.4.10. de la presente providencia, según lo manifestado por tres de las odontólogas que prestaban sus servicios en la clínica CITYDENT de Suba, se puede colegir que los motivos por los cuales se retiraron de dicha empresa y se trasladaron a la clínica ODONTOFAMILY, recién inaugurada en ese mismo lugar, nada tienen que ver con una eventual inducción por parte de la demandada que lograra la desvinculación de dichas trabajadoras de su empleador inicial, sino que la circunstancia en comento, en lugar de haber sido ocasionada por alguna irrupción de la sociedad demandada en las relaciones laborales de la actora, respondió a la voluntad propia de las empleadas que renunciaron.

2.5.6. Actos de desviación de clientela (Art. 8º Ley 256 de 1996)

Acorde con lo establecido en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996, el acto desleal de desviación de la clientela tiene lugar en los casos en que la conducta del demandado “*tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial*”.

Sentencia N° ____ de 2012

Respecto de la anterior norma transcrita, cumple precisar que la misma recoge aquellos comportamientos contrarios a lo que se espera de un partícipe en el mercado y que siendo objetivamente dirigido a desviar la clientela, sea para provecho propio o de un tercero, incluso, indeterminado, que no se halle tipificado en los comportamientos establecidos en los artículos 9 a 19 de la mencionada Ley.

En concordancia con ello, corresponde denegar la declaración de la ocurrencia del acto desleal denunciado, pues la evocación del artículo 8º no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal.

En consecuencia, como las conductas denunciadas configuraron los actos desleales de descrédito y engaño así como la violación de lo dispuesto en la cláusula general, según se explicó, no es posible acoger la pretensión fundada en el ya mencionado artículo 8º de la Ley 256 de 1996.

2.6. Pretensión Indemnizatoria:

Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil, que resulta pertinente en tanto que las normas sobre competencia desleal son entendidas como una especie de aquella¹⁴, ha precisado el papel principalísimo del daño en la conformación de la estructura de la comentada institución, porque *“dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria”* (Se subraya)¹⁵

En consonancia con el artículo 177 del C. de P. C., *“incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama, de modo que no le es dado a éste conformarse con probar simplemente el incumplimiento, por parte del demandado, de la obligación genérica o específica de que se trate, puesto que la infracción de la misma no lleva ineludiblemente consigo la producción de perjuicios”*¹⁶, perjuicio que, para ser indemnizable, debe ser cierto, esto es, “que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha”¹⁷

En el caso *sub lite* corresponde denegar la pretensión indemnizatoria incoada por la demandante porque no demostró que hubiere sufrido una merma en su patrimonio resultante de las conductas desleales realizadas por la demandada o que por esa circunstancia hubiera dejado de percibir ganancias ciertas.

En efecto, de la lectura del dictamen pericial practicado dentro del proceso, se pudo verificar, de acuerdo con la información registrada en los estados de resultados de los años 2007 y 2008, que aun cuando el comportamiento de los ingresos de la sociedad demandante frente a los gastos se mantuvo y obtuvo utilidades por valor de \$38.653.454, durante el primer semestre del año 2008 se registró en la sociedad demandante un aumento considerable de los costos y gastos frente a los ingresos, ocasionándole pérdidas por valor de \$430'176.618, erogaciones que corresponden al aumento de su capacidad instalada, apertura de nuevas

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

15 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 4 de 2001, expediente. 5502.

16 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 27 de 2001, expediente. 5860.

17 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de mayo 21 de 1998, expediente. 10.479.

Sentencia N° ___ de 2012

sedes, contratación de personal, gastos de publicidad y administración, sin que se hubiera demostrado que dicho resultado se presentó con ocasión del traslado de pacientes y trabajadores de las sedes odontológicas de la actora a las de la pasiva, ni como resultado de la conducta probada en el numeral 2.5.3. de la presente providencia.

Resulta claro, entonces, que concierne directamente al interesado acreditar en debida forma el perjuicio a él causado, tanto su existencia como su cuantía, es decir, que le incumbe probar que ciertos intereses suyos tutelados por la ley, sufrieron en menoscabo en un quantum determinado, lo que en el presente caso no acaeció.

2.7. Conclusión: La conducta de Inversiones Rojas Parada Ltda. consistente en repartir y divulgar, a través de un repartidor, volantes publicitarios de sus servicios dentro de la Clínica Odontológica CITYDENT del Barrio Quirigua, resultó contraria a sanas costumbres o usos honestos y, en consecuencia, constitutiva del acto de competencia desleal contemplado en el artículo 7º de la ley 256 de 1996.

Por último, la difusión, a través de un perifoneo, de indicaciones inexactas que pretendían desacreditar la actividad y el establecimiento de comercio CITYDENT que también ofrecía sus servicios odontológicos en el mismo sector del Barrio Quirigua, así como la divulgación de indicaciones incorrectas o falsas al paciente Diego Bravo, por parte de un ortodoncista que laboraba en la clínica ODONTOFAMILY del Barrio Quirigua y con respecto a la efectividad del tratamiento realizado por una ortodoncista de CITYDENT, configuraron el acto de descrédito contemplado en el artículo 12º de la ley 256 de 1996.

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 la sociedad Inversiones Rojas Parada Ltda. incurrió en los actos de competencia desleal previstos en el artículo 7º (cláusula general) de la Ley 256 de 1996. En consecuencia, **se ordena** a la sociedad Inversiones Rojas Parada Ltda. que se abstenga de publicitar sus servicios, de manera invasiva, dentro de los establecimientos de comercio de la demandante.

2. Declarar que la sociedad Inversiones Rojas Parada Ltda. incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 12º (descrédito) de la Ley 256 de 1996. En consecuencia, **se ordena** a la sociedad Inversiones Rojas Parada Ltda. (i) que modifique el contenido del mensaje que difunde, a través de perifoneo en el barrio Quirigua, en el sentido de eliminar del mismo las expresiones “*No se confunda ni se deje confundir*” y “*No tenemos sucursales en el sector, ni cambiamos de nombre*”, así como (ii) abstenerse de difundir directa o indirectamente a los pacientes que se hubieran realizado tratamientos en las clínicas de la demandante, aseveraciones falsas acerca de la idoneidad de los procedimientos realizados por los profesionales de las clínicas de la actora.

3. Denegar las pretensiones elevadas por la sociedad Inversiones Rojas Parada Ltda., en relación con los actos desleales contenidos en los artículos 8º (*desviación de clientela*), 9º (*desorganización*), 10º (*confusión*), 11º (*engaño*) y 17º (*inducción a la ruptura contractual*) de la Ley 256 de 1996, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.

Sentencia N° ___ de 2012

4. Desestimar las demás pretensiones de Grupo Empresarial P&P Ltda (Hoy S.A.S), así como la indemnización de perjuicios, en virtud de lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

5. Condenar en costas a la parte demandada en un 50%, en virtud de la prosperidad apenas parcial de las pretensiones (núm. 6º, art.392, C.de P.C.).Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ